

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La nullité comme sanction de l'inobservation du formalisme contractuel

Jacquemin, Hervé

Published in:

La nullité des contrats

Publication date:

2006

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2006, La nullité comme sanction de l'inobservation du formalisme contractuel. Dans *La nullité des contrats*. Formation Permanente CUP, Numéro 88, Larcier , Bruxelles, p. 83-162.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La nullité comme sanction
de l'inobservation
du formalisme contractuel

Hervé JACQUEMIN
aspirant du F.N.R.S. aux F.U.N.D.P.

Introduction	87
SECTION 1	
Panorama des composantes de la typologie classique du formalisme contractuel	91
SECTION 2	
La nullité : sanction aux multiples visages	112
SECTION 3	
La nullité face aux autres sanctions du formalisme contractuel	146
Conclusion	162

Introduction

1 Diversité du formalisme contractuel. Le formalisme contractuel est l'ensemble des règles prescrites par un texte légal ou réglementaire qui, sous peine de sanction, déterminent la manière dont la volonté doit s'extérioriser au cours du processus contractuel¹. Deux éléments principaux se dégagent de cette définition : le mode d'extériorisation de la volonté et la sanction. Il convient d'ajouter les finalités de l'exigence de forme : on ne peut en effet concevoir que les règles adoptées par le législateur ne poursuivent pas le moindre objectif. Reprenant ces trois caractéristiques, on constate qu'aujourd'hui, les exigences de forme relatives au processus contractuel² sont nombreuses et variées. La diversité s'observe au niveau du mode d'extériorisation de la volonté (écrit, remise d'une chose, intervention d'un tiers, etc.), de la sanction (nullité, inopposabilité, invalidité, irrecevabilité, inexistence, impossibilité de prouver, amendes pénales, sanctions financières, etc.)

1. Pour une définition du formalisme contractuel, voy. not. J.-L. AUBERT, « Le formalisme (rapport de synthèse) », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 931 ; L. AYNES, « Formalisme et prévention », I. FADLALLAH, (sous la dir. de), *Le droit du crédit à la consommation*, Paris, Litec, 1982, pp. 65-66, n° 2 ; M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, p. 23 ; A. PIEDELIEVRE, *Les transformations du formalisme dans les obligations civiles*, Thèse, Paris, 1959, p. 2 ; J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. 1, p. 96, n° 4 ; F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921, p. 98, n° 203.

2. Nous croyons utile de limiter nos réflexions au formalisme contractuel. Autrement dit, comme spécifié dans la définition, les modes d'extériorisation de la volonté doivent intervenir au cours du processus contractuel. Cette notion doit se comprendre largement, et viser toutes les étapes du processus contractuel, de la période précontractuelle à l'extinction du contrat et son archivage, en passant par la conclusion et l'exécution du contrat. Nous donnons à cette notion le même sens qu'à l'article 16 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003 (sur ce point, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahier du C.R.I.D. n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 153 et s.).

et des finalités poursuivies (garantir le consentement éclairé des parties, informer les tiers, permettre la perception de l'impôt, éviter les fraudes ou les contestations, etc.).

Au vu de cette diversité, on ne s'étonne guère que les qualificatifs choisis par la doctrine pour désigner les multiples espèces de formalisme soient tout aussi variés. Parmi d'autres, il est ainsi question de formalisme probatoire, solennel, de validité, de volonté, de publicité, habilitant, d'information, de protection, de contrôle, fiscal ou administratif. Plus récemment, sous la plume de X. Lagarde, le formalisme est aussi devenu instituant, d'adhésion, de contestation ou même de nature formulaire³. Des typologies reprenant totalement ou partiellement ces composantes ont été construites par la doctrine pour conceptualiser le phénomène et l'examiner de manière rigoureuse. Dans un premier temps, nous présenterons rapidement une typologie du formalisme contractuel (section 1), parmi d'autres, qui a l'avantage d'être particulièrement complète, même si globalement, elle n'est pas à l'abri de certaines critiques⁴. Elle se compose des formalismes solennel, probatoire, de publicité, habilitant, fiscal, administratif, d'information, des contrats réels et consensuels.

2 Importance de la sanction. Dans cette contribution, nous nous intéressons spécifiquement à la sanction prévue en cas de méconnaissance des exigences de forme. Il est primordial de connaître précisément cet élément, pour plusieurs raisons.

D'une part, et c'est l'évidence, l'efficacité des règles de forme et la garantie de leur application fidèle par les parties contractantes sont largement tributaires de la sanction prévue en cas d'inobservation de celles-ci. Lorsque le législateur n'a pas imposé de sanction spécifique, la doctrine et la jurisprudence se sont efforcées de combler le vide.

3. X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *J.C.P.*, I 170, 1999, n° 40, p. 1773, nos 14-15.

4. Nous préparons actuellement une thèse de doctorat consacrée au formalisme contractuel et l'analyse porte notamment sur la typologie traditionnelle qui a été construite pour caractériser ses composantes. Dans le cadre de cette contribution, nous pouvons difficilement présenter tous les développements que suscite cette question. Aussi nous permettrons-nous d'être plus bref, pour nous consacrer spécifiquement à la sanction de nullité.

D'autre part, la sanction détermine parfois la catégorie du formalisme contractuel à laquelle ressortit une formalité donnée. Comme on le verra, le formalisme solennel est ainsi défini par référence à la sanction. Dès lors que chaque composante de la typologie du formalisme contractuel est soumise à un régime déterminé, il importe de pouvoir caractériser la formalité. Par exemple, les moyens de défense pour échapper à la sanction seront radicalement différents au sein du formalisme solennel ou probatoire.

3 Nullité comme sanction. Les sanctions résultant du non-respect des prescriptions formelles sont variées. L'une d'elles revient cependant de manière récurrente, au point d'apparaître dans plusieurs composantes de la typologie traditionnelle du formalisme contractuel : la nullité sanctionne, en effet, l'inobservation des formes relevant du formalisme solennel, probatoire, de publicité, d'information, habilitant et des contrats réels.

Il est question de nullité dans les diverses hypothèses envisagées mais la portée de la sanction est loin d'être identique. Pour comprendre les différences, nous décortiquerons le régime de la nullité, en nous penchant sur ses causes, ses sujets actifs, son objet, ses effets et les moyens de défense qui peuvent être invoqués (section 2).

Au terme de cet examen, des points communs apparaîtront également. Ils permettent de comprendre pourquoi les catégories sont parfois confondues. Ils invitent aussi à s'interroger sur la manière de distinguer les composantes de la typologie traditionnelle : dans cette perspective, le critère de la sanction n'est peut-être pas le plus adéquat.

4 Nullité face aux autres sanctions du formalisme contractuel. La nullité n'est pas l'unique sanction de la méconnaissance du formalisme contractuel : on note aussi l'inopposabilité aux tiers (formalisme de publicité), la difficulté — voire l'impossibilité — de prouver, qui se traduit préalablement en termes d'irrecevabilité et de diminution de valeur probante (formalisme probatoire) et la conversion (en matière probatoire et dans certaines législations récentes). Il importe de bien distinguer la nullité frappant un acte juridique de ces autres sanctions (section 3).

5 Intérêt de la réflexion pour la compréhension de certaines législations récentes. Depuis quelques années, des auteurs observent un phénomène de

renaissance du formalisme contractuel⁵. Ils se fondent sur des législations contemporaines, adoptées pour l'essentiel depuis le début des années nonante⁶ et qui constituent des « nids de formalités »⁷. Ces textes prévoient généralement des sanctions, civiles ou pénales, en cas d'inobservation des exigences de forme. En matière civile, la nullité est parfois de mise. Lorsque tel est le cas, nous veillerons à préciser son régime.

5. Voy. not. P. VAN OMMESELAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ? », *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 533-537, nos 13-17 ; F. DOMONT-NAERT, « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge », J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 225, n° 13 ; M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse) », J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 627-628, n° 19 ; J.-M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. Dr.*, 1997, p. 204 ; X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *op. cit.*, p. 1769 ; G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 882 ; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, pp. 137 et s.

6. Voy. not. la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978 (ci-après, loi sur le contrat de travail) ; la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991 (ci-après, L.P.C.C.) ; la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 9 juillet 1991 (ci-après, loi sur le crédit à la consommation) ; la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *M.B.*, 20 août 1992 (ci-après, L.C.A.T.) ; la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, *M.B.*, 19 août 1992 (ci-après, loi sur le crédit hypothécaire) ; la loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial, *M.B.*, 24 avril 1993 (ci-après, loi sur le courtage matrimonial) ; la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyage et le contrat d'intermédiaire de voyage, *M.B.*, 1^{er} avril 1994 (ci-après, loi sur le contrat de voyage) ; la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale, *M.B.*, 2 juin 1992 (ci-après, loi sur le contrat d'agence commerciale) ; la loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé, *M.B.*, 30 avril 1999 (ci-après, loi sur le time-sharing) ; la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003 (ci-après, L.S.S.I.) ; la loi du 1^{er} septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation, *M.B.*, 21 septembre 2004 (ci-après, loi sur la garantie des biens de consommation) ; la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial, *M.B.*, 18 janvier 2006 (ci-après, loi sur l'information précontractuelle).

7. X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *op. cit.*, p. 1767.

SECTION 1

Panorama des composantes de la typologie classique du formalisme contractuel

Plan. L'examen des diverses typologies du formalisme contractuel montre que, pour qualifier les exigences de forme, diverses composantes sont généralement reprises par les auteurs de doctrine : le formalisme solennel, les contrats réels et consensuels, les formalismes probatoire, de publicité, habilitant, fiscal, administratif et d'information. Le champ d'application de ces catégories diffère, de même que les critères jugés déterminants pour qualifier les formes au sein de celles-ci. Il n'est donc pas approprié de considérer qu'elles constituent des éléments comparables d'une même classification, que l'on peut envisager parallèlement et sans nuance. Nous procéderons donc à des subdivisions. Nous distinguerons deux divisions tripartites et leurs compléments. La première est composée des contrats solennels, réels et consensuels ; la seconde, des formalismes solennel, probatoire et de publicité. Quant aux catégories accessoires, elles reprennent les formalismes fiscal, administratif, habilitant et d'information. Le formalisme solennel est commun aux deux divisions tripartites ; nous l'envisagerons donc dans un premier temps. Ensuite, nous nous pencherons sur les composantes propres aux autres subdivisions choisies.

Nous présenterons les caractéristiques majeures de chaque composante de la typologie classique mais, dès lors que l'objectif de cette contribution consiste à analyser la nullité comme sanction du formalisme contractuel, nous nous focaliserons sur les catégories sanctionnées de nullité.

A. Formalisme solennel

Définition par référence à la sanction. Pour caractériser le formalisme solennel, la sanction constitue généralement un critère décisif. Traitant des formes solennelles en général, F. Gény définit celles-ci comme des « manifestations extérieures, que le droit positif impose à un fait interne

(généralement un mouvement ou une rencontre de volontés), et en l'absence desquelles ce fait n'atteint pas son but dans le domaine juridique, à tel point qu'il serait comme n'existant pas (inexistant ou non avenu), sous ce rapport »⁸. Quatre critères se dégagent de cette définition. Deux d'entre eux sont spécialement identifiés : la source (*droit positif*) et la sanction (*comme n'existant pas*). Les autres sont cités mais aucune précision n'est apportée quant à leur contenu : l'auteur se contente en effet de relever qu'il faut un mode d'extériorisation de la volonté (*manifestations extérieures*) et une finalité (*n'atteint pas son but*). À la fin du XX^e siècle, J. Ghestin considère qu'« un contrat est solennel dès l'instant que l'expression du consentement doit être, à peine de nullité, et sans équivalent possible, extériorisée selon la forme impérativement déterminée par la loi »⁹. La sanction (*à peine de nullité et sans équivalent possible*) et la source du formalisme (*impérativement déterminée par la loi*) sont spécifiées. Le mode d'extériorisation de la volonté n'est pas caractérisé (*l'expression du consentement doit être [...] extériorisée selon la forme...*). Quant aux finalités, elles ne sont pas reprises.

Dès lors que le fil rouge de cette étude est la nullité, nous ne nous attachons pas directement aux sources du formalisme solennel ou aux finalités poursuivies. Pour comprendre comment se manifeste le formalisme solennel, nous dirons quelques mots du mode d'extériorisation de la volonté, avant de nous pencher sur le cœur de la réflexion : la sanction en cas de non-respect.

8 Mode d'extériorisation de la volonté. Dans le courant du XIX^e siècle, lorsqu'ils envisagent les contrats solennels — au sein d'une division des contrats ou lors de l'examen des conditions de formation des contrats —, les auteurs se bornent à indiquer qu'ils sont soumis à certaines formalités tout en se gardant d'indiquer expressément en quoi elles consistent. Ils prennent toutefois la peine, à titre illustratif, de mentionner les contrats qu'ils rangent dans cette catégorie.

8. F. GÉNY, *op. cit.*, p. 107, n° 205.

9. J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 391, n° 431.

Plusieurs contrats du Code civil sont alors donnés en exemple : il s'agit généralement de la donation entre vifs, du contrat de mariage et de l'hypothèque conventionnelle¹⁰. Plus rarement, la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur est également citée¹¹. Un acte notarié est requis pour la donation entre vifs (art. 931 C. civ.), l'établissement du contrat de mariage (art. 1392 C. civ.) et ses modifications, peu importe qu'elles interviennent avant ou après le mariage, et la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur (art. 1250, 2° C. civ.). Quant à l'hypothèque conventionnelle, elle ne peut être consentie que par acte authentique ou par acte sous seing privé, reconnu en justice ou devant notaire (art. 76 L. hyp.)¹².

À partir du XX^e siècle, parallèlement à l'adoption croissante de législations imposant des règles de forme, les typologies ont tendance à se diversifier et à devenir plus complexes. L'attitude prudente de la doctrine — relative à l'absence de précision quant au mode d'extériorisation de la volonté — va permettre de qualifier certaines formalités révélatrices d'un phénomène de renaissance (*supra*, n° 5), au sein du formalisme solennel. On estime d'ailleurs que les formes peuvent être simples¹³ et qu'un écrit quel-

10. R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, nouvelle édition par A. DUPIN, Bruxelles, Jonker, Ode et Wodon H. Tarlier, 1829, t. 1, pp. 5-7 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de droit civil*, t. 12, Bruxelles, J. Stienner, 1868, p. 13, n° 33 (cet auteur indique que des formalités spéciales sont imposées par la loi, *ad solemnitatem*, pour la formation même du contrat ; s'il ajoute que la formalité peut consister en l'exigence d'un acte sous seing privé, il ne donne comme exemples que la donation ou la constitution d'hypothèque, pour lesquels l'acte authentique est requis) ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XV, Bruxelles, Bruylant, pp. 502-503, n° 446 (il dispose que les contrats solennels « n'existent que lorsqu'ils sont reçus dans les formes prescrites par la loi : tels sont la donation, le contrat de mariage et l'hypothèque ». Or, il précise par la suite que seuls les trois contrats cités sont solennels) ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 3^e éd., Bruxelles, H. Tarlier, 1833, t. 6, p. 25, n° 88 ; G. BAUDRY-LACANTINIERE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 12, 3^e éd., Paris, Sirey, 1906, p. 22, n° 22 (ces auteurs mentionnent aussi deux contrats relatifs aux personnes — le mariage et l'adoption — ainsi que l'hypothèque légale de la femme mariée, abrogée depuis) ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965 (réimpression de l'édition de 1937), p. 139 (qui cite aussi l'hypothèque légale de la femme mariée).

11. G. BAUDRY-LACANTINIERE et L. BARDE, *op. cit.*, t. 12, p. 22, n° 22 ; E. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 139.

12. Titre XVIII du Livre III du Code civil, intitulé « Des privilèges et hypothèques », inséré par l'art. 1^{er} de la loi du 16 décembre 1851, *M.B.*, 22 décembre 1851.

13. J. GHESTIN, *op. cit.*, pp. 391 et s., n° 431.

conque suffit généralement¹⁴. Lorsqu'ils envisagent les contrats solennels, de nombreux auteurs établissent ainsi des sous-catégories pour distinguer ceux qui requièrent l'intervention d'un officier public (ou l'authenticité) ou un simple écrit¹⁵. Les quatre contrats solennels du Code civil sont toujours indiqués¹⁶, mais d'autres contrats ou d'autres formes viennent étoffer la liste. L'examen des formes modernes pouvant ressortir au formalisme solennel confirme cette analyse : des écrits sont exigés¹⁷, parfois revêtus de diverses mentions¹⁸ et établis en exemplaires multiples¹⁹. En outre, la qualification ne se limite plus aux contrats mais vise également des clauses

14. Comme le note J. Carbonnier, « la forme par excellence est la solennité. C'est un rite d'écriture, d'ailleurs variable, destiné à attirer l'attention des parties sur l'importance de l'acte » (J. CARBONNIER, *Droit civil. Tome 4/ Les obligations*, Paris, P.U.F., 16^e éd., 1992, p. 178, n° 90). Voy. aussi B. NUYTTE et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Rép. Defrénois*, 1998, p. 501, n° 13.

15. L. JOSSEAND, *Cours de droit civil positif français*, 2^e éd., t. II, Paris, Sirey, 1933, pp. 80-82, n°s 152-153 (cet auteur mentionne également les contrats réels parmi les contrats solennels) ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 178, n° 90 (il distingue l'authenticité et l'acte rédigé par les parties elles-mêmes) ; J. GHESTIN, *op. cit.*, pp. 398 et s., n°s 437 et s. ; B. NUYTTE et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *op. cit.*, p. 504, n°s 23-24 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil — Obligations*, t. II, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 1998, pp. 60-65, n°s 68-69 ; P. BRASSEUR, « Le formalisme dans la formation des contrats. Approches de droit comparé », M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 637 et s., n°s 34 et s.

16. L. JOSSEAND, *op. cit.*, p. 81, n° 152 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil* (refondu par L. JULIOT DE LA MORANDIÈRE), t. 2, Paris, Dalloz, 1959, pp. 317-318, n° 577 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, pp. 178-179, n° 90 ; B. NUYTTE et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *op. cit.*, p. 505, n° 23 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, p. 60, n° 68.

17. Certaines législations particulières exigent que le contrat soit rédigé par écrit : on peut citer le contrat de time-sharing (art. 7, § 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi sur le time-sharing) ou de courtage matrimonial (art. 6, § 1^{er}, de la loi sur le courtage matrimonial).

18. On peut citer les mentions de l'article 6, § 1^{er}, de la loi sur le courtage matrimonial ou l'exigence d'insertion, dans le contrat sur le time-sharing, du texte des articles 9 et 10 relatif au droit de renonciation, en caractères gras dans un cadre distinct du texte, au recto de la première page (art. 7, § 1^{er}, al. 3, de la loi sur le time-sharing). Dans cette même loi, on peut aussi signaler les indications qui doivent figurer dans le prospectus (art. 5) et, à défaut desquelles, le juge peut annuler le contrat (art. 15, 1^{er}, de la loi sur le time-sharing).

19. Voy. l'art. 7, § 1^{er}, al. 1^{er}, *in fine*, de la loi sur le time-sharing.

de celui-ci²⁰ ou des formes requises à d'autres étapes du processus contractuel (période précontractuelle²¹, fin du contrat²², etc.).

9 Sanction. Selon la doctrine classique, l'acte dont les formalités ont été méconnues est inexistant²³. *Forma dat esse rei* : c'est la forme qui donne l'existence à la chose. Progressivement, à partir du XX^e siècle, les auteurs estiment que l'inobservation de la règle de forme est sanctionnée par la nullité de l'acte²⁴. On peut en effet se demander comment sanctionner l'inobservation des conditions de validité des contrats. Ni l'étude de l'ancien droit, ni le Code civil n'apportent de réponse satisfaisante à cet égard. Les auteurs de doctrine se sont dès lors efforcés d'apporter leur contribution à l'édifice. Ainsi fut élaborée la théorie classique des nullités au XIX^e siècle. Devant les nombreuses critiques dont elle a fait l'objet, une autre théorie, dite moderne, lui est substituée.

20. Dans la loi sur le contrat de travail, voy. les art. 48 et 67 (clause d'essai) ou les art. 65, § 2, al. 8, 86, § 1^{er} et 104, al. 4 (clause de non-concurrence).

21. Art. 3 et 4 de la loi sur l'information précontractuelle.

22. Art. 29 de la L.C.A.T. (formes requises pour résilier le contrat).

23. F. GÉNY, *op. cit.*, p. 107, n° 205 ; F. LAURENT, *op. cit.*, t. XV, p. 502, n° 446 (les contrats solennels « n'existent que lorsqu'ils sont reçus dans les formes prescrites par la loi » ; il indique par exemple que « la solennité est exigée pour l'existence même de la donation ») ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5^e éd., t. 4, Paris, Marchal et Billard, p. 473, § 341, spéc. note 6 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *op. cit.*, t. 12, p. 22, n° 22 ; E. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 139 (les contrats solennels « n'existent légalement que si les conditions de forme prescrites par la loi sont remplies à côté des conditions de fond. *Forma dat esse rei*. L'absence d'une condition de forme a la même gravité que l'absence d'une condition de fond. Elle entraîne la nullité de plein droit ou l'inexistence de l'acte ») ; R. DEMOGUE, *Traité de droit des obligations en général. I. Les sources*, t. 1, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 317, n° 193.

24. A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, p. 317, n° 577 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 178, n° 90 (l'auteur insiste d'ailleurs sur le fait que c'est la nullité qui permet de qualifier un contrat de solennel, la seule exigence d'un écrit étant insuffisante) ; J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 391, n° 431 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *Rev. trim. dr. civ.*, 1985, p. 26, n° 36 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ? », *op. cit.*, p. 534, n° 14 ; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, p. 142.

Nous ne nous attardons pas sur ces considérations²⁵. Qu'il nous soit toutefois permis d'ajouter que la terminologie utilisée pour qualifier l'état ou la sanction d'un acte juridique auquel il manquerait des formes solennelles est source de confusion. Ainsi, traitant des contrats solennels, H. De Page énonce que « le contrat pour lequel la solennité est requise est *radicalement nul* s'il n'a été passé dans les formes prescrites »²⁶. Et il semble assimiler cette nullité radicale à l'inexistence puisqu'il précise ensuite que « le contrat passé sans les formes requises *n'existe pas* aux yeux de la loi, même s'il est reconnu entre parties »²⁷.

L'examen du régime des quatre contrats solennels du Code civil conduit à un constat identique. Invoquant l'adage latin *Forma dat esse rei*, certains auteurs indiquent ainsi que le non-respect des règles de forme propres aux donations affecte l'existence même du contrat²⁸. Le contrat de mariage est aussi considéré comme étant « *inexistant, defectu formae*, dans toute la mesure où il a pour objet d'établir le régime matrimonial des parties »²⁹.

25. À cet égard, voy., dans cet ouvrage, la contribution de P. Wéry.

26. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 421, n° 454.

27. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. II, 3^e éd., p. 421, n° 454. Dans un autre tome de son traité, cette position est confirmée : « à l'absence de solennité est attachée la sanction la plus radicale qui soit : l'inexistence » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 41, n° 28). Voy. aussi J. CARBONNIER, *op. cit.*, pp. 177-178, n°s 89-90 : lorsqu'il se penche, de manière générale, sur les contrats formalistes (solennels ou réels), il dispose qu'en l'absence de la forme prévue, « l'accord de volontés, resté à l'état purement consensuel, est impuissant à faire naître des obligations ; l'opération est atteinte de nullité absolue, sinon d'inexistence ». Par contre, examinant spécifiquement les contrats solennels, il n'envisage plus que la nullité. De même, D. MOUGENOT, *La preuve*, 3^e éd., tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 109, n° 37, indique que « nos lois peuvent parfois imposer l'écrit, non pas comme élément de preuve, mais *ad solemnitatem*. Dans ce cas, l'écrit est un élément essentiel qui conditionne l'existence même de l'acte, généralement un contrat ». Il ajoute cependant que « l'absence d'écrit, dans cette hypothèse, a pour effet d'entraîner la nullité radicale de l'acte au sens de *negotium* ».

28. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII¹, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 543, n° 435 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Les donations », *Rép. not.*, t. III, Livre VII, Bruxelles, Larcier, 1995, p. 148, n° 148.

29. J. RENAULT, *Droit patrimonial de la famille*, t. 1, *Régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1971, p. 302, n° 435 ; Bruxelles, 19 janvier 1956, *Pas.*, 1957, II, p. 201. Voy. aussi J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, 2, *Huwelijks-vermogensrecht*, Bruges, La Charte, 2004, p. 254, n° 479 : « de vorm is noodzakelijk voor het bestaan van het contract ».

S'agissant du contrat d'hypothèque, on peut lire que sans le respect des formes, « il n'y a pas de contrat »³⁰.

Faut-il considérer qu'il y a une résurgence de l'inexistence, à laquelle serait associé un régime propre, distinct de celui de la nullité ? La réponse est négative. Ces formulations sont regrettables, dans la mesure où elles peuvent instiller le doute, mais leur signification ne doit pas être méconnue. Pour l'essentiel, les auteurs de ces expressions indiquent par ailleurs que l'inobservation des règles de forme est sanctionnée de nullité et les précisions relatives au régime données dans ce cadre ne laissent planer aucune incertitude quant à leur allégeance à la théorie moderne³¹. Autrement dit, il ne faut, en aucun cas, y voir une tentative nostalgique de renouer avec le passé.

De nombreuses formes modernes, prescrites par les législations récentes, sont sanctionnées de nullité et pourraient donc ressortir au formalisme solennel³². Parfois, seules des clauses spécifiques sont concernées³³, ou des

30. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 304, n° 598. Voy. aussi Bruxelles, 23 décembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 310 : « [...] l'hypothèque est inexistante et la nullité de celle-ci peut être invoquée par tout intéressé ».

31. Par exemple, pour les donations, les auteurs précités (*supra*, note 28) indiquent que c'est la nullité qui frappe les donations affectées d'un vice de forme (H. DE PAGE, *op. cit.*, t. VIII¹, p. 566, n° 478 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Les donations », *op. cit.*, p. 154, n° 156), ajoutant que, vu la possibilité de confirmer les donations affectées d'un vice de forme après le décès du donateur, il semble difficile de considérer celles-ci comme inexistantes (H. DE PAGE, *op. cit.*, t. VIII¹, p. 568, n° 478). De même, pour le contrat de mariage, la cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 19 janvier 1956 (*Pas.*, 1957, II, p. 201), cite H. De Page et indique que « la convention du 25 janvier 1950, passée sans les formes requises, n'existe pas aux yeux de la loi ». Dans le même arrêt, elle déclare cependant la convention nulle.

32. Par ex., la nullité est expressément prévue en cas de non-respect des formes imposées pour la validité des ventes au consommateur en dehors de l'entreprise du vendeur : en l'absence d'écrit, rédigé en autant d'exemplaire qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct et revêtu d'une mention précise, le contrat est nul (art. 88 de la L.P.C.C.). Dans la loi sur le courtage matrimonial, l'inobservation de certaines exigences de forme est également sanctionnée de nullité. Ainsi, l'indication des mentions énoncées à l'article 6, § 1^{er}, est prescrite à peine de nullité du contrat. Formellement, la loi ne précise pas la sanction attachée à l'absence d'écrit. Mais dans la mesure où les mentions doivent nécessairement figurer sur un support, l'absence d'écrit rendra impossible le respect du prescrit légal relatif à celles-ci et le contrat sera frappé de nullité. La nullité est également de mise si l'entreprise de courtage matrimonial n'a pas obtenu l'approbation du client sur la manière dont les données personnelles seront communiquées à des tiers

formes à respecter à d'autres étapes du processus contractuel, le stade pré-contractuel³⁴ ou la fin du contrat³⁵.

B. Contrats réels et consensuels

10. Première division tripartite. La première division tripartite est composée des contrats solennels, réels et consensuels. Pour les contrats solennels, nous renvoyons à ce qui a été dit précédemment (*supra*, nos 7 et s.).

11. Contrats réels. Sous réserve de différences formelles mineures, les contrats réels sont définis comme ceux qui exigent pour leur formation la remise de la chose qui est l'objet du contrat³⁶. Fidèle au droit romain, le Code civil régit plusieurs contrats réels. Chaque fois, l'exigence de la tradition ressort clairement. On peut citer dans ce cadre le prêt à usage ou commodat (art. 1875 C. civ.), le prêt de consommation (art. 1892 C. civ.), le dépôt (art. 1915 C. civ.), le nantissement (art. 2071 C. civ.) et le gage (art. 2076 C. civ.). Outre ces contrats, il faut également mentionner le don manuel³⁷.

Contrairement au formalisme solennel, la sanction des contrats réels est rarement présentée comme un critère de qualification déterminant. Pourtant, on peut difficilement concevoir que l'absence de remise de la chose ne soit pas

(art. 6, § 2, al. 2). Si le contrat de time-sharing n'est pas établi par écrit et rédigé en autant d'exemplaires qu'il y a de parties contractantes, il est nul (art. 7, § 1^{er}, al. 1^{er} de la loi sur le time-sharing). Il en va de même s'il ne mentionne pas en caractères gras dans un cadre distinct du texte, au recto de la première page, le texte des articles 9 et 10 relatif au droit de renonciation. La loi ajoute que le juge peut annuler le contrat dans trois hypothèses : lorsqu'il n'a pas été précédé d'un prospectus reprenant diverses mentions et rédigé dans la langue prévue par la loi (art. 15, 1^o) ; lorsqu'il n'a pas été rédigé dans la langue prévue par la loi (art. 15, 2^o) ; lorsqu'il a été conclu par un vendeur non inscrit ou dont l'inscription a été radiée ou suspendue en vertu de l'article 18 (art. 15, 3^o).

33. Tel est le cas de la clause d'essai (art. 48 et 67 de la loi sur le contrat de travail) ou de la clause de non-concurrence (art. 65, § 2, al. 8, 86, § 1^{er} et 104, al. 4, de la loi sur le contrat de travail).

34. Art. 5 de la loi sur l'information précontractuelle.

35. Art. 35, al. 5 et 6, 37, § 1^{er}, al. 3 et 4 de la loi sur le contrat de travail.

36. R. J. POTHIER, *op. cit.*, t. 1, p. 5, n° 10 ; A. DURANTON, *op. cit.*, t. 6, p. 22, n° 81 ; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 12, p. 13, n° 32 ; F. LAURENT, *op. cit.*, t. XV, p. 501, n° 445 ; G. BAUDRY-LACANTINIERE et L. BARDE, *op. cit.*, t. 12, p. 24, n° 23 ; L. JOSSELAND, *op. cit.*, t. II, p. 81, n° 153 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, p. 318, n° 577 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. II, p. 424, n° 455 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 413, n° 447 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 4, n° 3 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, p. 70, n° 80 ; F. T'KINT, « L'engagement des créances », *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 283, n° 1.

37. E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Les donations », *op. cit.*, p. 156, n° 157.

sanctionnée. C'est d'ailleurs cet élément qui permet de distinguer les contrats réels des contrats consensuels, qui exigent également la remise d'une chose (vente, location, etc.), sans que celle-ci soit requise à peine d'invalidité du contrat. La nature de la sanction n'est guère facile à discerner, d'autant que la terminologie est loin d'être fixée. Dans les définitions des contrats réels, il est généralement indiqué que ceux-ci exigent pour leur formation — ou se forment par — la remise d'une chose³⁸. On peut déduire de cette formulation qu'à défaut de tradition, le contrat ne peut se former. On lit aussi que l'exigence de forme est une condition de validité³⁹, d'existence⁴⁰ ou de perfection⁴¹ du contrat, ou qu'elle est exigée à peine de nullité de celui-ci⁴².

12. Contrats consensuels. Il peut sembler paradoxal d'intégrer, dans une typologie du formalisme contractuel, une catégorie caractérisée par... l'absence de formalisme. En réalité, il importe de bien comprendre la notion. Le consensualisme — et les contrats consensuels — n'est pas forcément opposé au formalisme contractuel, entendu au sens large. Il s'oppose à certaines catégories de la typologie, essentiellement le formalisme solennel. Par contre, les formalismes probatoire et de publicité peuvent parfaitement être conciliés avec le principe du consensualisme.

Le principe du consensualisme signifie que les contrats se forment par le seul échange des consentements (*solo consensu*)⁴³. De nombreux auteurs

38. Voy. les réf. citées *supra*, note 36.

39. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 4, n° 3, p. 34, n° 43 (pour le gage).

40. F. T'KINT, « L'engagement des créances », *op. cit.*, p. 283, n° 1 (à propos du gage).

41. *Ibid.*

42. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 18, n° 26. Voy. aussi M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », P.A. FORTIERS (sous la dir. de), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau, 2000, pp. 577-578, n° 10 : parmi les sources des nullités en droit des obligations, cet auteur mentionne « le non-accomplissement d'une formalité substantielle requise en vue de la validité du contrat. L'on songe principalement à ce propos aux actes solennels, tel le contrat de donation, ainsi qu'aux contrats réels, tels le prêt ou le gage ».

43. Sur le principe du consensualisme, M. COPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1999, p. 15, n° 19 et p. 69, n° 86 ; X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *op. cit.*, p. 1770 (il précise que le Code civil « est consensualiste en ce qu'il rejette le principe selon lequel la force obligatoire d'un contrat nécessiterait que les parties enferment leur volonté dans un cadre formel et prédéterminé ») ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 16, n° 33 ; B. NUYTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *op. cit.*, p. 498, n° 3 ; J.-M. TRIGAUX, *op. cit.*, p. 204 ; P. BRASSEUR, *op. cit.*, pp. 609 et s., n° 3 et s.

ajoutent que le principe se traduit par « l'absence de tout formalisme obligatoire pour la naissance du contrat »⁴⁴. Les parties n'ont aucune obligation de recourir au formalisme — sous-entendu solennel — mais elles peuvent s'y soumettre. Du reste, on estime souvent que le consensualisme consiste en la liberté des formes⁴⁵.

La première division tripartite distingue les contrats consensuels, réels et solennels. Sans grande surprise, lorsque, dans ce cadre, les contrats consensuels sont définis, on retrouve des éléments identiques à ceux utilisés pour caractériser le consensualisme. Pothier les définissait déjà comme ceux qui « se forment par le seul consentement des parties »⁴⁶. Cette définition a d'ailleurs été reprise par de nombreux auteurs⁴⁷.

44. M. COPEL, *op. cit.*, p. 15, n° 19. Voy. aussi, à propos des contrats consensuels : L. JOSSELAND, *op. cit.*, t. II, p. 24, n° 37 (selon lui, les contrats consensuels sont parfaits « en dehors de toute exigence de forme : notre droit français n'est point un droit formaliste : réserve faite des difficultés de preuve, une vente verbale a la même valeur qu'une vente passée devant un notaire » ; il ajoute par ailleurs [p. 78-79, n° 149] que les contrats consensuels « ne sont soumis, pour leur validité, à aucun formalisme ») ; A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, t. 2, p. 317, n° 577 (« les contrats consensuels n'exigent l'emploi d'aucune forme »).

45. B. NUYTTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *op. cit.*, p. 500, n° 10 (le consensualisme peut donc être défini comme « le principe en vertu duquel [l'acte juridique ou la convention] peut être valablement conclu [] sous une forme quelconque »). Voy. aussi F. GÉNY, *op. cit.*, p. 104, n° 204 ; P. BRASSEUR, *op. cit.*, p. 611, n° 6 ; E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », P. WÉRY (sous la dir. de), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Charte, 2004, p. 66, n° 8.

46. R. J. POTHIER, *op. cit.*, t. 1, p. 5.

47. A. DURANTON, *op. cit.*, t. 6, p. 22, n° 81 ; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 12, p. 13, n° 32 (il ajoute que « notre droit n'exige aucune condition additionnelle, ni de tradition, ni de paroles, ni d'écriture, pour que la convention soit civilement obligatoire ») ; F. LAURENT, *op. cit.*, t. XV, p. 501, n° 445 ; G. BAUDRY-LACANTINIERE et L. BARDE, *op. cit.*, t. 12, p. 21, n° 21 ; L. JOSSELAND, *op. cit.*, t. II, p. 24, n° 37 (selon lui, ces contrats sont « parfaits par le seul accord des volontés et en dehors de toute exigence de forme ») ; A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, t. 2, p. 317, n° 577 (« le simple échange des consentements, manifestés d'une façon quelconque, suffit pour créer le contrat ») ; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. II, p. 419, n° 454 ; P. BRASSEUR, *op. cit.*, p. 610, n° 6.

C. Formalismes probatoire et de publicité

13 **Seconde division tripartite.** La seconde division tripartite est composée des formalismes solennel, probatoire et de publicité. Nous n'examinons que les deux derniers, renvoyant aux précisions fournies précédemment pour le formalisme solennel (*supra*, nos 7 et s.).

14 **Formalisme probatoire.** Pour caractériser le formalisme probatoire, les exigences de forme qui relèvent de cette catégorie sont généralement rappelées. Il est ainsi fait référence au droit commun de la preuve en matière civile, et spécialement à l'article 1341 du Code civil. Celui-ci interdit de recourir aux témoignages et présomptions et requiert donc un écrit⁴⁸ pour les actes juridiques supérieurs à un certain montant — actuellement 375 euros — ou pour prouver contre ou outre un écrit⁴⁹.

Les dispositions spécifiques consacrées à la preuve de certains contrats nommés du Code civil sont également mentionnées⁵⁰. Tantôt, elles renforcent le formalisme probatoire établi par l'article 1341 du Code civil (qui constitue le droit commun de la preuve) : l'article 1715 du Code civil déclare irrecevable la preuve par témoins ou présomptions du bail verbal qui n'a reçu aucune exécution, peu importe le montant ; quant à l'article 2044, alinéa 2, du Code civil, il exige que le contrat de transaction soit rédigé par écrit, sans fixer de seuil minimum. Tantôt, elles atténuent le formalisme probatoire : en cas de dépôt nécessaire, l'article 1950 du Code civil autorise la preuve par témoins, même si la valeur excède 375 euros et dans une mesure qui dépasse ce que prévoit l'article 1348 du Code civil. Tantôt, elles se bornent à rappeler le droit commun : tel est le cas pour la vente (art. 1582 C. civ.), le dépôt volontaire (art. 1923 C. civ.) ou le mandat (art. 1985 C. civ.).

Qu'il s'agisse de l'article 1341 du Code civil ou des dispositions probatoires prescrites pour certains contrats nommés du Code civil, le mode

48. À moins de recourir à l'aveu ou au serment ou d'invoquer un commencement de preuve par écrit (art. 1347 C. civ.) ou une impossibilité de prouver par écrit (art. 1348 C. civ.).

49. F. GÉNY, *op. cit.*, p. 109, n° 205 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, t. 2, pp. 349-350, n° 620 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. I, pp. 42-43, n° 30 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, p. 66, n° 72 ; J.-M. TRIGAUX, *op. cit.*, p. 205 ; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, p. 143.

50. F. GÉNY, *op. cit.*, p. 109, n° 205 ; L. JOSSELAND, *op. cit.*, p. 80, n° 151.

d'extériorisation consiste systématiquement en l'exigence d'un écrit. Selon le cas, les dispositions précitées imposent l'écrit de manière générale (art. 1923 et 2044, al. 2 C. civ.) ou indiquent déjà qu'il peut s'agir d'un acte authentique — ou notarié — ou sous seing privé (art. 1341 — 1^{re} règle — et 1985 C. civ.). Telles sont en effet les deux catégories principales de preuve littérale, régies par les articles 1317 et suivants du Code civil. Des conditions de forme sont prescrites pour chacune d'elles. Lorsqu'il est question d'acte authentique, on songe essentiellement aux actes notariés ; les dispositions de la loi du 25 ventôse An XI (16 mars 1803) contenant organisation du notariat (ci-après, loi de ventôse) doivent dès lors être observées. Quant aux actes sous seing privé, ils doivent être signés et, le cas échéant, respecter le prescrit des articles 1325 (formalité du « double » ou des « originaux multiples ») ou 1326 (formalité du « bon pour ») du Code civil.

Si les sanctions sont abordées, il est rarement indiqué en quoi elles consistent précisément⁵¹. Tout au plus apprend-on parfois que la méconnaissance des formes probatoires a pour effet de compromettre la preuve de l'acte juridique sans affecter sa validité⁵² ; l'un ou l'autre des moyens de

51. Ainsi, traitant des formes probatoires, F. Gény indique que « celles-ci ne peuvent consister qu'en éléments de manifestation extérieure, au défaut desquels le fait juridique décisif, dans tel cas donné, n'est pas établi ou ne peut l'être qu'avec une efficacité restreinte » (F. GÉNY, *op. cit.*, p. 109, n° 205).

52. L. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 80, n° 151 (« l'écrit est exigé *ad probationem* et non *ad solemnitatem* ; en tant que *mode de preuve* normal et en méfiance de la preuve testimoniale, non en tant que *condition de validité* de l'opération, laquelle est parfaite par le seul consentement des parties ») ; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. I, p. 42, n° 30 (« la sanction ne frappe pas l'acte mais sa preuve. L'acte subsiste, mais, en cas de contestation, il est défendu d'en administrer la preuve sans écrit [...] ») ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, p. 66, n° 72 (« sans écrit, [le contrat] ne pourra pas, en principe, être établi en justice, ou ne le pourra que très difficilement ») ; J.-M. TRIGAUX, *op. cit.*, p. 205 (« le formalisme de preuve n'affecte pas la validité du contrat mais rend simplement, en cas de contestation, la preuve de l'existence du contrat et dès lors son exécution, plus difficile voire impossible. Si la formalité probatoire n'a pas été respectée, celui qui revendique un droit n'obtiendra pas, en cas de contestation, la reconnaissance de ce droit. Le contrat reste donc valable mais il peut être difficile d'en obtenir l'exécution ») ; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, p. 143 (le « formalisme probatoire se distingue du formalisme de validité, d'un point de vue théorique, en ce qu'il ne conditionne nullement l'existence ou la validité de l'acte juridique. En cas de non-respect des formalités requises *ad probationem*, l'acte est valable mais ne peut être prouvé s'il est contesté »).

défense disponibles sont également cités : commencement de preuve par écrit, impossibilité de prouver par écrit, aveu ou serment⁵³. On esquisse diverses caractéristiques de la sanction — ce qu'elle n'est pas, ses effets, ses moyens de défense — sans dire clairement et exactement en quoi elle consiste. Comme on le verra par la suite (*infra*, n° 44), c'est essentiellement en termes de recevabilité, de force ou de valeur probante que la sanction du formalisme probatoire s'analyse.

15 Formalisme de publicité. Pour illustrer les manifestations du formalisme de publicité, on cite généralement les mesures prescrites par le Code civil, afférentes aux meubles corporels ou incorporels (essentiellement la cession de créance ou les formalités du gage), ou par la loi hypothécaire, portant principalement sur les droits réels immobiliers. En reprenant ces exemples, il nous est permis de distinguer deux types d'exigences de forme publicitaire : les premières consistent en des écritures dans un registre (dans la L. Hyp., voy. l'art. 1^{er}, pour la transcription, les art. 81 et s., pour l'inscription), les autres prennent surtout la forme d'une notification (art. 1690, al. 2 C. civ. pour la cession de créance, art. 2075, al. 2 C. civ. pour la mise en gage d'une créance). La notification est adressée directement au(x) tiers concerné(s), parce qu'il est possible d'identifier la ou les personnes que le législateur juge nécessaire d'informer de l'acte juridique accompli. Dans un certain nombre de cas, on ne peut déterminer précisément qui devrait avoir connaissance de l'acte juridique ; aussi le législateur a-t-il recours à des registres, dans lesquels la formalité doit être accomplie et que les tiers intéressés peuvent consulter, le cas échéant.

Pour caractériser le formalisme de publicité, la plupart des auteurs de doctrine insistent sur la sanction en cas de non-respect de celui-ci : l'inoportabilité de l'acte aux tiers⁵⁴. Les dispositions légales imposant des mesures de publicité mentionnent souvent cette sanction. Si la transcription est requise, l'article 1^{er} de la loi hypothécaire prévoit qu'à défaut, les actes visés « ne

53. F. GÉNY, *op. cit.*, p. 110, n° 205 ; L. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 80, n° 151 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. I, pp. 42-43, n° 30.

54. A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, p. 350, n° 622 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. I, p. 42, n° 29 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 181, n° 92 (à propos de la publicité foncière) ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, p. 68, n° 75 ; J.-M. TRIGAUX, *op. cit.*, p. 205 ; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, p. 144.

pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude ». De même, à défaut de mention marginale, telle que prévue à l'article 5 de la loi hypothécaire, la cession d'une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite, ou la subrogation à un droit semblable, ne pourra être opposée au tiers (art. 5, al. 1^{er}). On peut également citer l'article 1690, alinéa 2, du Code civil, aux termes duquel « la cession n'est opposable au débiteur cédé qu'à partir du moment où elle a été notifiée au débiteur cédé ou reconnue par celui-ci ».

D'ailleurs, il n'est pas rare que, pour déterminer ce qui relève de cette catégorie, on indique que l'objectif des mesures de publicité consiste à rendre l'acte opposable aux tiers⁵⁵. Ce faisant, on opte pour un critère à mi-chemin entre la sanction et les finalités. De manière générale, le formalisme de publicité est en effet défini comme étant celui qui a pour objectif d'informer les tiers⁵⁶.

D. Compléments aux divisions tripartites

16 Formalisme administratif. De nombreuses formalités, prescrites notamment par certaines législations récentes, sont de nature administrative. Si certaines d'entre elles consistent uniquement à informer l'administration⁵⁷, par la voie d'une notification, on requiert aussi que celle-ci donne son accord. Selon le cas, pour l'exercice de leurs activités, les cocontractants pro-

fessionnels doivent ainsi solliciter et obtenir une autorisation⁵⁸, une immatriculation⁵⁹, une inscription⁶⁰, un agrément⁶¹ ou un enregistrement⁶² auprès de l'autorité compétente. Pour accomplir ces formalités, le législateur exige que la demande soit introduite par lettre recommandée à La Poste⁶³, ou simplement par écrit ou sur tout autre support durable⁶⁴. Il peut également être requis d'utiliser un formulaire spécifique⁶⁵ ou d'insérer diverses mentions dans le document⁶⁶.

58. Art. 48, § 3, al. 3, L.P.C.C. : « si le vendeur possède plusieurs établissements de vente, des produits ne peuvent, sans autorisation du ministre ou du fonctionnaire désigné par lui à cet effet, être transférés d'un établissement à l'endroit où s'opère la liquidation ».

59. Art. 59, al. 1^{er}, L.P.C.C. (émission de titres conjointement à une offre de produits ou de services).

60. Art. 12 de la loi sur le time-sharing : « aucun vendeur ne peut offrir ni conclure de contrat en Belgique s'il n'est préalablement inscrit auprès du ministère des Affaires économiques » ; art. 77, § 1^{er} de la loi sur le crédit à la consommation.

61. Art. 74 de la loi sur le crédit à la consommation ; art. 3 et s. de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance, *M.B.*, 29 juillet 1975, ci-après, loi de contrôle (agrément à demander à la C.B.F.A.).

62. Art. 2 de la loi sur le courtage matrimonial : « aucune personne physique ou morale ne peut exercer une activité de courtage si elle n'est pas préalablement enregistrée auprès de la Banque-Carrefour des entreprises ».

63. Art. 48, § 1^{er}, al. 2 et § 3, al. 4, L.P.C.C. (vente en liquidation) ; art. 59, al. 2, L.P.C.C. (émission de titres conjointement à une offre de produits ou de services) ; art. 2 de l'A.R. du 5 octobre 2000 relatif à l'inscription des vendeurs d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé, *M.B.*, 7 novembre 2000 (inscription des vendeurs d'immeubles en time-sharing).

64. Art. 1^{er} de l'A.R. du 17 février 2006 réglant l'enregistrement du courtage matrimonial, *M.B.*, 9 mars 2006.

65. Art. 1^{er} et 2 de l'A.R. du 25 février 1992 relatif aux demandes d'agrément et d'inscription visées aux articles 74 et 77 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 24 mars 1992.

66. Art. 2 de l'A.R. du 5 octobre 2000 relatif à l'inscription des vendeurs d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé ; art. 1^{er} de l'A.R. du 17 février 2006 réglant l'enregistrement du courtage matrimonial.

55. Voy. J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 422, n° 457 (« la doctrine contemporaine tient pour acquis que le transfert de propriété, et plus largement les contrats soumis à une publicité obligatoire, ne sont opposables aux tiers que si celle-ci a été réalisée ») ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, p. 68, n° 75 ; J.-M. TRIGAUX, *op. cit.*, p. 205.

56. F. GÉNY, *op. cit.*, pp. 112-113, n° 205 (« l'intérêt des tiers exige [...] manifestement que l'acte, dont ils subissent les effets, puisse, en temps utile, être connu d'eux ; ce qui lui suppose une certaine notoriété ») ; J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 423, n° 457 ; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, p. 144 (« le législateur impose parfois une mesure de publicité afin de permettre aux tiers intéressés d'avoir connaissance de l'existence de certains actes »).

57. Voy. l'art. 48, § 1^{er}, L.P.C.C., relatif aux ventes en liquidation : « sauf dans le cas prévu à l'article 46, 1, aucune liquidation ne peut avoir lieu ni être annoncée si le vendeur n'a pas préalablement notifié au ministre ou au fonctionnaire désigné par lui à cet effet son intention d'y procéder ».

Des sanctions pénales sont prévues en cas d'inobservation de ces formalités administratives : elles consistent généralement en des peines d'amende et/ ou de prison⁶⁷. Une incidence sur le contrat n'est pas à exclure, dans certains cas exceptionnels⁶⁸.

17 Formalisme fiscal. Dans certaines typologies du formalisme contractuel figure une catégorie relative au formalisme fiscal⁶⁹. Sont notamment citées dans ce cadre les formalités de l'enregistrement⁷⁰, du droit d'hypothèque⁷¹ ou celles liées à l'établissement de la facture pour la perception de la T.V.A.⁷².

En cas de non-respect des formalités fiscales, la sanction est généralement prévue par le législateur. La méconnaissance des formalités relatives à l'enregistrement peut ainsi donner lieu à une amende d'au moins 25 euros (art. 41 du Code des droits d'enregistrement). Le non-respect des règles relatives à la facture est également passible d'amendes fiscales (art. 70, §§ 2 et 4 du Code de la T.V.A.). Lorsque l'accomplissement de la formalité fiscale a des conséquences sur le plan civil (par exemple, l'enregistrement permet de donner date certaine à un acte sous seing privé, conformément à l'art. 1328 C.

67. Voy. l'art. 102, al. 1^{er}, 4bis et 5, L.P.C.C. ; l'art. 17, §§ 1^{er} et 2 de la loi sur le time-sharing ; l'art. 101, § 1^{er}, de la loi sur le crédit à la consommation ; les art. 83 et 84 de la loi de contrôle ; l'art. 10 de la loi sur le courtage matrimonial.

68. Ainsi, en matière d'assurance, l'art. 3, § 3, al. 1^{er}, de la loi de contrôle prévoit que « les contrats visés au § 1^{er} relatifs à des risques situés en Belgique et souscrits auprès d'une entreprise non habilitée à exercer cette activité en vertu de la présente loi, sont nuls ». Il est toutefois précisé que « si le preneur a souscrit de bonne foi, l'entreprise est tenue de remplir les obligations qu'elle a contractées » (art. 3, § 3, al. 2, de la loi de contrôle). La loi sur le time-sharing énonce que « sans préjudice des dispositions de l'article 15, 3^o, la radiation ou la suspension de l'inscription est sans effet sur la validité et l'exécution des contrats en cours » (art. 18, § 5). Et conformément à l'article 15, 3^o, mentionné dans la disposition précitée, le juge est autorisé à annuler les contrats conclus par un vendeur non inscrit.

69. Voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, pp. 145-146 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 181, n° 92 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 442, n° 472 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, p. 67, n° 73 (ces auteurs parlent de la formalité de l'enregistrement). Le formalisme fiscal est parfois considéré comme une subdivision du formalisme administratif : A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, t. 2, p. 351, n° 623.

70. Art. 19 du Code des droits d'enregistrement.

71. Art. 260 du Code des droits d'enregistrement.

72. Art. 53, § 2, du Code de la T.V.A.

civ.), son inobservation peut emporter des conséquences sur ce terrain (la date ne sera pas opposable aux tiers), sauf si l'une des autres hypothèses visées à l'article 1328 du Code civil est d'application.

18 Formalisme habilitant. Parmi les conditions essentielles de validité des conventions figure la capacité (art. 1108 C. civ.). Traditionnellement, la capacité de jouissance et la capacité d'exercice sont distinguées⁷³. La première est l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations. En principe, toute personne possède la capacité de jouissance, dès sa naissance. Quant à la seconde, elle vise « l'aptitude à faire valoir ses droits sans le détour de la représentation, de l'assistance ou d'une autre modalité de protection, et qu'en principe seule une mesure de protection prévue par la loi réduit »⁷⁴. Le formalisme habilitant intervient lorsqu'il y a incapacité d'exercice⁷⁵, notamment en cas de minorité ou d'administration provisoire (art. 488bis C. civ.). De manière générale, dans le formalisme habilitant, la volonté doit s'extérioriser par l'intervention d'un tiers. En cas de représentation, celui-ci substitue sa volonté à celle de l'incapable⁷⁶. S'il y a assistance, par contre, l'incapable agit lui-même et extériorise sa volonté mais le tiers doit intervenir pour le conseiller et l'habiliter à agir⁷⁷. Concrètement, « pour être valable, l'acte doit donc recevoir le consentement de l'incapable et, en outre, le contreseing de celui qui l'assiste »⁷⁸. Pour certains actes, jugés plus dangereux d'un point de vue patrimonial, l'intervention du pouvoir judiciaire — le juge de paix, en cas de minorité (art. 378 C. civ.) ou d'administration provisoire (art. 488bis-F, § 3 C. civ.) — est également requise⁷⁹.

73. Sur ces notions, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. II, 3^e éd., pp. 8-9, n° 2 ; A.-C. VAN GYSEL (sous la dir.), *Précis de droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 641, note 1603 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 159-160, n° 162.

74. Y.-H. LELEU, *op. cit.*, p. 160, n° 162.

75. F. GÉNY, *op. cit.*, p. 114, n° 205 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 420, n° 454.

76. Voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. II, 3^e éd., p. 13, n° 4 : « la représentation consiste dans la substitution d'une personne capable à la personne incapable de l'exercice du droit. L'incapable disparaît en quelque sorte de la scène juridique. Il n'agit pas lui-même ; son représentant légal le remplace et agit en ses lieu et place ».

77. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. II, 3^e éd., p. 13, n° 4.

78. A.-C. VAN GYSEL (sous la dir.), *op. cit.*, p. 642.

79. F. GÉNY, *op. cit.*, p. 114, n° 205 (« des garanties sont parfois nécessaires, pour assurer pleinement le but de ces représentation ou assistance, en limitant leur liberté par la considération des droits subjectifs à sauvegarder »).

La sanction du non-respect des formalités habilitantes est la nullité⁸⁰. Ainsi, « tous les actes accomplis par la personne protégée en violation des dispositions prévues à l'article 488bis-F, sont nuls » (art. 488bis-I, al. 1^{er} C. civ.). Cette sanction est également de mise pour les actes accomplis par le mineur sans discernement et non (valablement) représenté⁸¹. Le mineur n'est pas valablement représenté lorsque la représentation est interdite — par exemple pour consentir à une adoption — ou dans l'hypothèse où le représentant aurait dû obtenir l'autorisation du juge de paix — pour acheter un immeuble, par exemple⁸². Une autre sanction est également envisageable, spécialement lorsque le mineur accomplit des actes juridiques sans l'intervention de son représentant (et pour lesquels celui-ci n'était pas tenu de respecter les formalités habilitantes prévues par la loi)⁸³. Ceux-ci peuvent en effet être rescindés pour lésion (art. 1305 C. civ.) : son incapacité ne l'« empêche pas de contracter mais seulement d'être lésé »⁸⁴.

19 Formalisme d'information. Les législations récentes imposent de nombreuses obligations d'information au stade précontractuel : diverses mentions doivent apparaître dans les publicités⁸⁵ ; des renseignements doivent être communiqués sous forme de prospectus⁸⁶ ou de brochures⁸⁷, au contenu pré-

cisément circonscrit par le législateur. Le mode de conclusion de certains contrats est également rythmé par l'accomplissement de formes prévues par la loi : des mentions doivent figurer dans le formulaire de demande en matière de crédit hypothécaire⁸⁸ ou dans les offres faites aux cocontractants potentiels⁸⁹. Des modèles de contrats peuvent aussi être demandés⁹⁰. Certaines informations doivent être transmises ou être disponibles juste avant la conclusion du contrat⁹¹, avant la passation de la commande⁹² ou lors de l'offre⁹³. Quant au contrat, il doit revêtir certaines mentions⁹⁴ et de nombreuses obligations d'information interviennent au moment de sa conclusion⁹⁵ ou par

80. Voy., de manière générale, A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, t. 2, p. 350, n° 621.

81. Y.-H. LELEU, *op. cit.*, p. 225, n° 259.

82. Y.-H. LELEU, *op. cit.*, p. 226, n° 260 ; A.-C. VAN GYSEL (sous la dir.), *op. cit.*, p. 646.

83. Y.-H. LELEU, *op. cit.*, p. 226, n° 261. Cet auteur indique que « les actes les plus dangereux pour l'intégrité du patrimoine du mineur sont nuls de plein droit, les autres seulement rescindables en cas de lésion » (*ibid.*, p. 226, n° 259). Voy. aussi A.-C. VAN GYSEL (sous la dir.), *op. cit.*, pp. 647-648.

84. Y.-H. LELEU, *op. cit.*, p. 226, n° 261 (*Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus*).

85. Art. 5, §§ 1^{er} et 2, 40, 48, 55, 57, 63, § 1^{er}, de la loi sur le crédit à la consommation ; art. 47, § 1^{er} de la loi sur le crédit hypothécaire ; art. 3, § 1^{er}, de la loi sur le courtage matrimonial (cet article énonce les mentions que doivent comporter les annonces présentant les candidats, pour faire en sorte que la publicité soit plus loyale et plus transparente. Voy. J.-P. DELACROIX, « À propos de la loi sur les agences matrimoniales », *J.T.*, 1993, p. 143) ; art. 4 de la loi sur le time-sharing ; art. 13 de la L.S.S.I. ; art. 15, § 6, de l'A.R. du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurance, *M.B.*, 11 avril 1991 (ci-après, arrêté de contrôle).

86. Art. 5, § 3, de la loi sur le crédit à la consommation ; art. 47, §§ 1^{er} et 2 de la loi sur le crédit hypothécaire et art. 12 de l'A.R. du 5 février 1993 portant diverses dispositions d'exécution de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, *M.B.*, 24 février 1993 ; art. 5 de la loi sur le time-sharing.

87. Art. 5 et 6 de la loi sur le contrat de voyage.

88. Art. 47, § 3 de la loi sur le crédit hypothécaire (si l'emprunteur s'engage à payer les frais de dossier ou d'expertise, ces frais doivent en effet être mentionnés dans un formulaire de demande signé par lui) et art. 13 de l'A.R. du 5 février 1993 portant diverses dispositions d'exécution de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, pour le contenu minimum du formulaire.

89. Voy. l'art. 14, al. 1^{er}, de la loi sur le crédit hypothécaire ; à ce moment, un tableau d'amortissement relatif au crédit faisant l'objet de l'offre doit également être remis par le prêteur (art. 14, al. 2). Un écrit est donc requis et celui-ci doit contenir diverses mentions. Doivent en effet figurer « toutes les conditions du contrat », notamment les frais, la constitution de sûretés, le type de taux d'intérêt applicable, etc. (G. JAKHIAN, *Le crédit hypothécaire. Examen de la loi du 4 août 1992*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 62, n° 120) ainsi que la durée de validité de l'offre. Voy. aussi l'art. 4, al. 2 de la loi sur le courtage matrimonial.

90. Art. 5 de la loi sur le courtage matrimonial.

91. Art. 7, al. 1^{er}, 1^{er}, de la loi sur le contrat de voyage ; article 83ter, § 1^{er}, de la L.P.C.C. (informations à fournir avant que le consommateur ne soit lié par un contrat ou par une offre). En matière d'assurance, voy. l'art. 8 de l'A.R. du 14 novembre 2003 relatif à l'activité d'assurance sur la vie, *M.B.*, 14 novembre 2003 (ci-après, arrêté-vie) ; l'art. 12bis de la loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurances et en réassurances et à la distribution d'assurances, *M.B.*, 14 juin 1995, ou l'art. 15, § 1^{er}, de l'arrêté de contrôle.

92. Art. 8 de la L.S.S.I.

93. Art. 78 de la L.P.C.C.

94. Art. 88, al. 2, L.P.C.C. (mentions qui doivent figurer dans le contrat de vente en dehors de l'entreprise du vendeur) ; art. 7, § 1^{er}, al. 2 et § 2 de la loi sur le time-sharing.

95. En matière d'assurance, des textes réglementaires imposent l'insertion de mentions dans la police ou, plus généralement, exigent que des informations soient communiquées au preneur au moment de la conclusion du contrat : voy. l'art. 15 de l'arrêté de contrôle ; les art. 10, 11, 12, 13, 15, 17, 18, 21, 34, 37, 40, 41, 42, 58, 69 et 70 de l'arrêté vie ; l'art. 7, al. 1^{er}, de l'arrêté royal du 24 décembre 1992 réglementant l'assurance contre l'incendie et d'autres périls, en ce qui concerne les risques simples, *M.B.*, 31 décembre 1992. Voy. aussi l'art. 88, al. 2, L.P.C.C. (mentions qui doivent figurer dans le contrat de vente en dehors de l'entreprise du vendeur).

après⁹⁶. Des informations doivent aussi être fournies en cours de contrat⁹⁷, notamment pour le modifier⁹⁸. Enfin, des obligations d'archivage⁹⁹ ou des obligations prescrites après la fin du contrat¹⁰⁰ figurent dans certaines législations récentes.

Ni le formalisme solennel, ni le formalisme probatoire, ni du reste les autres composantes de la typologie traditionnelle, ne permettent de caractériser convenablement la plupart de ces exigences de forme. Il n'est guère surprenant, dès lors, qu'une catégorie soit ajoutée à la typologie classique. Selon les auteurs, cette catégorie est intitulée formalisme de protection¹⁰¹

96. Voy. l'art. 7, al. 1^{er}, 2^e, de la loi sur le contrat de voyage, qui prévoit que certaines informations doivent être fournies par écrit, avant le début du voyage et, à moins que le contrat ne soit conclu tardivement, au plus tard sept jours civils avant la date du départ. Compte tenu des indications à communiquer, on peut supposer que ces informations sont généralement fournies après la conclusion du contrat. Voy. aussi, l'art. 83quinquies, § 2, L.P.C.C.

97. Art. 15, §§ 2 et 3 de l'arrêté de contrôle ; art. 19 et 20 de l'arrêté vie.

98. Voy. l'art. 12, al. 3, de l'arrêté de contrôle, qui dispose que « le preneur d'assurance est averti de la modification tarifaire au moins quatre mois avant l'échéance annuelle de son contrat d'assurance, à moins que lors d'une notification ultérieure de la modification tarifaire, le droit lui soit encore accordé de résilier son contrat dans un délai de trois mois au moins à compter du jour de ladite notification. Le droit de résiliation est formellement mentionné dans la notification ». Une notification est donc requise et elle doit comporter certaines mentions.

99. Outre les obligations générales d'archivage applicables à toutes les entreprises (voy. par ex. la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises, *M.B.*, 4 septembre 1975), la loi de contrôle impose aux entreprises d'assurance de « conserver les documents relatifs aux contrats souscrits par leur établissement belge, soit au siège social des entreprises belges, soit au siège belge des agences ou succursales des entreprises étrangères, soit en tout autre lieu préalablement agréé par la C.B.F.A. (art. 21, § 1^{er}, al. 1^{er}). La durée de cette conservation peut être fixée par la C.B.F.A., par voie de règlement (art. 21, § 1^{er}, al. 2).

100. En matière d'assurance auto, par exemple, l'art. 1^{quater} de l'arrêté royal du 14 décembre 1992 relatif au contrat type d'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, *M.B.*, 3 février 1993, impose à l'assureur de communiquer au preneur diverses informations, relatives notamment au contrat (échéance annuelle, prise d'effet et date de fin, etc.), ou aux sinistres éventuellement survenus. De cette manière, ce dernier peut les communiquer au nouvel assureur.

101. Voy. not. J.-M. TRIGAUX, *op. cit.* pp. 206 et s. ; J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)*, Paris, P.U.F., 1986, pp. 47-48.

ou formalisme d'information¹⁰². Comme l'intitulé donné à la catégorie peut le laisser supposer, l'un des critères de qualification repose sur les finalités du formalisme : en l'occurrence, il s'agit d'informer la partie faible de manière à garantir sa protection¹⁰³. Généralement, le mode d'extériorisation de la volonté consiste en l'insertion de mentions¹⁰⁴, ce qui suppose, indirectement, l'établissement d'un document écrit¹⁰⁵. Le législateur a d'ailleurs le souci du détail puisqu'il impose parfois leur apparence ou l'endroit où elles doivent figurer. Peu importe, du reste, à quelle étape du processus contractuel les formes sont exigées : elles peuvent être requises avant la conclusion du contrat, concomitamment à celle-ci ou par après¹⁰⁶. Des mentions doivent également apparaître dans le contrat mais les exemples illustrant cette situation sont minoritaires, probablement parce que ces formes sont plus facilement classées au sein de catégories traditionnelles¹⁰⁷, spécialement le formalisme solennel.

102. P. VAN OMMELAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ? », *op. cit.*, pp. 536-537, n° 17 ; B. NUYTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *op. cit.*, p. 506, n° 25 ; G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 885 ; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, p. 148.

103. Sur les finalités de cette catégorie, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, p. 148.

104. P. VAN OMMELAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ? », *op. cit.*, p. 536, n° 17 (« cette technique plutôt curieuse consiste à imposer la mention dans certains documents de l'existence de l'une ou l'autre règle de droit ou d'une obligation concernant le consommateur mais qui résulte de la loi et non du contrat. Le contrat ne comprend donc pas seulement des clauses dispositives, destinées à créer des droits au profit des parties conformément à l'autonomie de la volonté et à la convention-loi, mais encore des informations — avec des sanctions spécifiques si les mentions prescrites ne figurent pas dans le document ») ; B. NUYTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *op. cit.*, p. 506, n° 25.

105. B. NUYTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *op. cit.*, p. 506, n° 25.

106. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, p. 149. Lorsque l'information est pré-, para- ou post-contractuelle, ces auteurs indiquent que « le formalisme d'information est dissocié du contrat lui-même ». Ils distinguent en effet les mentions figurant dans le contrat lui-même et les obligations d'information qui doivent figurer dans une brochure, une publicité ou un accusé de réception.

107. Alors même qu'il est précisé que les exigences de forme peuvent poursuivre plusieurs finalités (M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, p. 142) et donc ressortir à plusieurs catégories.

SECTION 2

La nullité : sanction aux multiples visages

20 Catégories sanctionnées de nullité. La sanction de nullité apparaît dans plusieurs catégories de la typologie traditionnelle : les formalismes solennel, probatoire, de publicité, habilitant, d'information et les contrats réels. Pour cette étude, nous nous limiterons aux catégories pour lesquelles les confusions sont les plus à craindre : les formalismes solennel, probatoire et de publicité. Nous aborderons également les formes modernes, ressortissant aux composantes de la typologie précitées ou classées au sein du formalisme d'information.

Pour apprécier méthodiquement la mesure dans laquelle la sanction diffère d'une catégorie à l'autre et observer ainsi les multiples visages de la nullité, nous examinerons successivement les causes de celle-ci (A), ses sujets actifs (B), son objet (C), ses effets (D) et les moyens de défense qui peuvent être invoqués pour y échapper (E). Enfin, nous verrons dans quelle mesure des confusions entre les catégories sont à redouter (F).

A. Causes de la nullité

21 Formalisme probatoire. La nullité sanctionne l'inobservation des formalités imposées aux actes notariés ou sous seing privé.

Pour les actes notariés, l'article 114 de la loi de ventôse énonce que « tout acte établi contrairement aux dispositions des articles 6, 3° et 4°, 8, 9, § 2, alinéa 1^{er}, 10, 12, alinéa 2, 14, 20 et 51, § 7, est nul s'il n'a pas été signé par toutes les parties. [...] ». Cette disposition mentionne le cas où le notaire a manqué à son devoir d'impartialité en violant les règles établissant certaines hypothèses d'incompatibilité objective ou résultant de liens de parenté

ou d'alliance (art. 6, 3° et 4°, 8¹⁰⁸, 9, § 2 et 51, § 7¹⁰⁹). Si des témoins ne sont pas présents, alors qu'ils étaient légalement requis (art. 10), ou s'ils ne sont pas identifiés correctement (art. 12, al. 2), l'acte est nul comme acte authentique¹¹⁰. Lorsque la date ou le lieu de passation de l'acte (art. 12, al. 2) manquent, une sanction identique frappe cette irrégularité¹¹¹. La preuve de l'absence de date ou de lieu résulte de l'acte lui-même et si une fraude est invoquée, la procédure d'inscription de faux doit être mise en œuvre¹¹². La contravention à l'article 14 de la loi de ventôse (absence de signature des parties, des témoins ou du notaire ; absence de mention de ces signatures ou absence de mention de ne pas pouvoir ou ne pas savoir signer) conduit également à la nullité de l'acte en tant qu'acte authentique. Enfin, le non-respect des formalités de conservation de l'acte, prescrites par l'article 20 de la loi, est également visé à l'article 114.

Pour les actes sous seing privé, la nullité de l'*instrumentum* est de mise en l'absence de signature¹¹³ ou en cas d'inobservation des formalités imposées par les articles 1325¹¹⁴ ou 1326¹¹⁵ du Code civil.

108. Pour une application, voy. Bruxelles, 10 avril 2003, *Rev. not. b.*, 2003, p. 673, note E. MATHELART.

109. Il faudrait également ajouter l'article 65, § 2, al. 2, de la loi de ventôse — notaire suppléant (J. DEMBLON, « L'acte notarié », mis à jour par P. HARMEL, M. RENARD-DECLAIRFAYT et J.-F. TAYMANS, *Rép. not.*, t. XI, Livre VII, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 177, n° 174).

110. J. DEMBLON, « L'acte notarié », *op. cit.*, pp. 238-239, n° 322.

111. J. DEMBLON, « L'acte notarié », *op. cit.*, pp. 252-253, n° 349.

112. Pour la date, voy. par ex. Liège, 5 avril 1973, *Rev. prat. not.*, 1973, p. 467. Voy. aussi Gand, 11 juin 1957, *R.W.*, 1958-1959, col. 338.

113. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 803, n° 788.

114. J. LIMPENS et R. KRUTHOF, « Examen de jurisprudence (1960-1963). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1964, p. 542, n° 146 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 833, n° 805 ; P. VAN OMMESELAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 167, n° 245 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 254, n° 536 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 212-213, n° 139 ; Anvers, 7 février 1995, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1754, *R.W.*, 1997-1998, p. 643 ; Anvers, 1^{er} juin 2004, *N.j.W.*, 2005, p. 801, note R.S.

115. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 845, n° 818 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 268, n° 569 ; P. WÉRY, « La preuve du cautionnement », note sous Civ. Mons, 8 mars 2000, *R.R.D.*, 2000, p. 482 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 220, n° 150 ; A. DÉOME et O. POELMANS, « Le cautionnement et la formalité du 'bon pour' », note sous Luxembourg, 20 juin 2002, *D.A.O.R.*, 2004, p. 51 ; P.-P. RENSON, « Le cautionnement et la règle du 'bon pour' », note sous Bruxelles, 14 mars 2003 et 26 juin 2003, *Rev. not. b.*, 2005, pp. 203-204, n° 18 ; Mons, 3 décembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 240 ; Civ. Mons, 8 mars 2000, *R.R.D.*, 2000, p. 474, note P. WÉRY ; Civ. Hasselt, 31 mai 2001, *R.W.*, 2003-2004, p. 544 ; Bruxelles, 14 mars 2003, *Rev. not. b.*, 2005, p. 180, note P.-P. RENSON.

22 Formalisme de publicité. Les articles 83 et 84 de la loi hypothécaire prescrivent diverses formalités pour l'inscription hypothécaire. À défaut, l'inscription ou la mention est nulle¹¹⁶, conformément à l'article 85, à moins qu'il n'en résulte aucun préjudice au détriment des tiers¹¹⁷.

23 Formalisme solennel. Dans les contrats solennels du Code civil, la nullité frappe l'absence d'acte notarié ou son irrégularité. Si la donation¹¹⁸, le contrat de mariage¹¹⁹ ou l'hypothèque conventionnelle¹²⁰ sont constatés par acte sous seing privé, la sanction s'applique. Il en va de même si les modifications conventionnelles avant le mariage n'ont pas fait l'objet d'un acte notarié ou ont eu lieu sans présence des parties ou sans leur consentement simultané¹²¹. Si l'acte notarié est déclaré nul en vertu de l'article 114 de la loi de ventôse, le contrat d'hypothèque suit le même sort, dès lors que le prescrit de l'article 76 de la loi hypothécaire est méconnu¹²².

116. Il faut toutefois distinguer selon les formalités méconnues : avant même de vérifier si une inscription a été prise et si elle répond aux prescriptions des art. 83 et 84 L. hyp., il faut se demander s'il existe un titre valable. Car si tel n'est pas le cas, l'hypothèque est nulle *erga omnes*. Elle ne peut donc produire aucun effet, ni entre parties, ni à l'égard des tiers et il n'est donc pas requis de vérifier si les tiers ont subi un préjudice conformément à l'art. 85 L. hyp. (voy. J. KOKELENBERG, « De nietigverklaring van hypothecaire inschrijving », *R.G.D.C.*, 1989, pp. 92 et s. ; Cass., 18 février 1988, *R.G.D.C.*, 1989, p. 160 ; Bruxelles, 10 avril 2003, *Rev. not. b.*, 2003, p. 673, note E. MATHELART).
117. Nous reviendrons sur ce point par la suite, lorsqu'il sera question des moyens de défense (voy. *infra*, n° 41).

118. Civ. Dinant, 10 avril 1991, *J.L.M.B.*, 1993, p. 392, somm. ; Gand, 15 mars 1994, *T. Not.*, 1994, p. 322. Pour la cession sous seing privé d'un capital au moyen d'une rente viagère sous-évaluée, voy. Cass., 14 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1066. Pour la renonciation *in favorem* faite sous seing privé, voy. Cass., 5 novembre 1976, *R.C.J.B.*, 1979, p. 131, note M. VAN QUICKENBORNE.
119. Bruxelles, 16 janvier 1956, *Pas.*, 1957, II, p. 199. L'issue est la même s'il est conservé par le notaire au rang de ses minutes (W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH et K. VANWINKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Louvain, Presses universitaires de Louvain, 2002, p. 311, n° 651).

120. Si l'affectant est représenté par un mandataire porteur d'une procuration sous seing privé, la nullité est également de mise. En ce sens, E. GENIN, « Traité des hypothèques et de la transcription », mis à jour par R. PONCELET, A. GENIN, G. DE LEVAL et M. RENARD-DECLAIRFAYT, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 1988, pp. 584-585, n° 1501 ; Bruxelles, 23 décembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 310.

121. Y.-H. LELEU et C. PARIS, « La modification des conventions matrimoniales avant le mariage », *Rép. not.*, t. V, Livre II, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 534, n° 568 ; Cass., 4 février 1904, *Pas.*, 1904, I, p. 121.

122. Pour une application voy. Bruxelles, 10 avril 2003, *Rev. not. b.*, 2003, p. 673, note E. MATHELART. En l'occurrence, c'est l'art. 8 de la loi de ventôse qui n'est pas respecté.

24 Formes modernes. Dans certaines hypothèses, la nullité est expressément prévue par les législations récentes, si les exigences de forme ne sont pas respectées.

Tel est le cas pour les ventes aux consommateurs en dehors de l'entreprise du vendeur, en l'absence d'écrit, rédigé en autant d'exemplaires qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct (art. 88, al. 1^{er}, L.P.C.C.) ou si la clause de renonciation fait défaut (art. 88, al. 2, 6^e tiret, *in fine*, L.P.C.C.)¹²³. La loi sur le time-sharing prévoit la nullité dans les mêmes hypothèses (art. 7, § 1^{er}, al. 1^{er} pour l'écrit et les exemplaires multiples et al. 3 pour la clause de renonciation). Suivant cette loi, le juge est également autorisé à prononcer la nullité dans trois hypothèses, notamment lorsque le contrat n'a pas été précédé d'un prospectus reprenant diverses mentions et rédigé dans la langue prévue par la loi (art. 15, 1^o). On peut aussi signaler la loi sur le courtage matrimonial, qui impose cette sanction lorsque l'indication des mentions énoncées à l'article 6, § 1^{er}, fait défaut ou si l'entreprise de courtage matrimonial n'a pas obtenu l'approbation du client sur la manière dont les données personnelles seront communiquées à des tiers (art. 6, § 2, al. 2). Du reste, rien n'empêche, *a priori*, de qualifier ces contrats de solennels, dans la mesure où les formalités sont prescrites à peine de nullité de l'acte juridique.

La nullité peut également frapper certaines clauses spécifiques¹²⁴, voire des formes imposées à d'autres étapes du processus contractuel (au

123. Voy., en cas de violation de l'art. 88 L.P.C.C., Civ. Hasselt, 5 avril 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 331, note B. PONET ; J.P. Brakel, 14 juin 1996, *R.W.*, 1996-1997, p. 548 ; Liège, 16 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1829 ; Bruxelles, 12 décembre 2000, *Ann. Prat. Comm.*, 2000, p. 391 ; Liège, 29 janvier 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1301 ; Liège, 9 octobre 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 1004, note A. PUTTEMANS ; Gand, 10 septembre 2003, *D.C.C.R.*, 2004/65, p. 63, note P. DE VROEDE ; Anvers, 1^{er} juin 2004, *N.j.W.*, 2005, p. 801, note R.S.

124. Dans le contrat de travail : clause d'essai (art. 48 et 67 de la loi sur le contrat de travail) ou clause de non-concurrence (art. 65, § 2, al. 8, 86, § 1^{er} et 104, al. 4, de la loi sur le contrat de travail) ; dans le contrat d'agence commerciale : clause de non-concurrence (art. 24, § 1^{er} de la loi sur le contrat d'agence commerciale). On notera que, dans ce cas, la nullité peut être partielle et frapper uniquement la clause litigieuse, sans affecter le contrat dans sa globalité (sur l'étendue de la sanction en cas de clause illicite, voy. not. M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », P.A. FORIERS (sous la dir. de), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau, 2000, pp. 570-575, nos 4-8 ; P. WÉRY, « Les sanctions des clauses illicites envisagées selon la méthode horizontale », *Liber Amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 469 et s., nos 2 et s.).

stade précontractuel¹²⁵ ou pour la résiliation du contrat¹²⁶). Compte tenu des caractéristiques du formalisme solennel, on peut ranger ces formes dans cette catégorie.

La nullité est l'une des sanctions prévues par la loi sur le crédit à la consommation, aux termes de l'article 86, alinéa 1^{er}, en cas de non-respect des exigences de forme applicables à tous les contrats de crédit (art. 14) ou à certains d'entre eux (art. 41, 49, 56 ou 58). Mais il nous paraît contestable de qualifier le contrat de solennel dans la mesure où une autre sanction est expressément prévue (réduction des prestations)¹²⁷.

On admet généralement que les nullités peuvent être textuelles ou virtuelles. La nullité est textuelle lorsqu'elle est expressément prévue par la loi. Même si aucun texte de loi ne stipule expressément que l'inobservation de la règle est sanctionnée de nullité, le juge peut la prononcer, « s'il apparaît, eu égard à la gravité de l'infraction, que le but et le caractère de la règle violée ou la nature des choses requièrent, en raison, le recours à cette sanction. Il en sera ainsi, notamment, [...] quand les parties ont négligé l'accomplissement de formalités substantielles, c'est-à-dire indispensables à la réalisation des fins que le législateur s'est proposé d'atteindre »¹²⁸. Ainsi, les articles 9 et 23 de la loi sur le contrat de voyage exigent la remise d'un bon de commande au voyageur et la rédaction d'un *instrumentum*, revêtu de diverses mentions. L'inobservation de ces dispositions n'est pas prescrite à peine de nullité par la loi. La jurisprudence a cependant admis, dans certaines hypothèses, que leur méconnaissance puisse être sanctionnée de cette manière. Dans un arrêt du 26 mai 2006, la Cour de cassation décide en effet que « les formalités prévues par ces dispositions tendent à protéger

125. Art. 5 de la loi sur l'information précontractuelle.

126. Art. 35, al. 5 et 6, 37, § 1^{er}, al. 3 et 4 de la loi sur le contrat de travail.

127. Dès lors que ces formalités répondent à la définition du formalisme contractuel, on peut se demander dans quelle catégorie de la typologie il est possible de les ranger. À tout le moins, on peut estimer qu'elles ressortissent au formalisme d'information.

128. C. RENARD et E. VIEUJEAN, « Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge », *Ann. Dr. Liège*, 1962, p. 268 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 1^{er}, p. 143, n° 96. Il convient également de vérifier si le deuxième principe qui préside, en principe, à l'application de la théorie moderne des nullités est satisfait. La sanction doit en effet être adaptée au milieu dans lequel elle opère (sur ce point, voy. C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 268 et *infra*, note 138).

les intérêts du voyageur. Leur non-respect peut entraîner une nullité relative que le juge apprécie, selon la gravité de l'atteinte portée à ces intérêts »¹²⁹.

B. Sujets actifs

25 **Division en nullités absolues et relatives.** Pour déterminer qui peut intenter l'action en nullité, il faut établir si la nullité est relative ou absolue¹³⁰.

Nous verrons quel critère de distinction se dégage, de manière générale, suivant la théorie des nullités (1), avant d'examiner spécifiquement les exigences de forme (2).

1. Titulaires du droit de critique suivant la théorie des nullités

26 **Critères de distinction.** Analysant les sujets actifs du droit de critique, E. Gaudemet reprend l'essentiel de la thèse de R. Japiot¹³¹ et distingue neuf catégories regroupées en deux pôles principaux¹³² : les nullités sanctionnant des règles d'intérêt particulier¹³³ et celles qui sanctionnent des règles d'inté-

129. Cass., 26 mai 2006, C.05.0378.F, disponible sur www.cass.be. Également en faveur de la nullité du contrat, voy. Anvers, 23 novembre 2004, *D.C.C.R.*, 2005, p. 41, note F. VAN BELLINGHEN : la cour estime que, lorsqu'un contrat de voyage n'est pas rédigé par l'intermédiaire conformément à l'article 23, § 1^{er}, ce dernier commet une infraction pénale ; sur le plan contractuel, cette infraction produit les mêmes effets que la violation de l'article 39 de la L.P.C.C., à savoir la nullité du contrat.

130. Sur ce point, voy. ég. la contribution de M. Dupont, dans le présent ouvrage.

131. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques : essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Arthur Rousseau, 1909, pp. 533 et s.

132. E. GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 166-169.

133. Celles-ci ne peuvent être invoquées que par les personnes que la loi a voulu protéger et, selon le cas, leur nombre est plus ou moins élevé. Sont visées les nullités purement personnelles (une seule personne), les nullités consenties à une seule personne mais sans caractère purement personnel (peut être exercée par l'ayant droit, ses héritiers ou ses créanciers), la nullité attribuée à plusieurs personnes à des titres différents (l'incapable et son représentant, par exemple) ou au même titre (cocontractants lésés à la suite de la vente d'un immeuble, par exemple) et les nullités relatives généralisées (poursuivant un objectif de protection).

rêt général¹³⁴. Conformément aux principes régissant le droit de critique, ces auteurs¹³⁵, et d'autres par la suite¹³⁶, rappellent qu'il faut se référer aux objectifs poursuivis par la règle méconnue et le milieu dans lequel opère la sanction¹³⁷.

De nombreux auteurs ne procèdent pas à autant de subdivisions et se bornent à reprendre les deux catégories principales¹³⁸. Le caractère de la nullité est également lié à la nature de la règle violée. Les règles d'ordre public sont sanctionnées de nullité absolue ; la nullité est par contre relative si la disposition violée est impérative ou supplétive¹³⁹. Ainsi construit, le rai-

134. Elles sont ouvertes à toute personne intéressée, mais des restrictions peuvent parfois apparaître. Sont visées les nullités d'ordre social (en cas de violation d'un intérêt social supérieur ou de la moralité publique, elles peuvent être exercées par tout intéressé et le juge peut statuer d'office), les nullités naturelles (en cas d'absence d'un élément essentiel de l'acte mais sans atteinte à l'ordre social, elles peuvent être invoquées par tout intéressé mais le juge ne peut statuer d'office), les nullités d'intérêt privé général (tous les particuliers sont intéressés en tant qu'individus mais la société n'est pas concernée ; elles sont ouvertes à tout intéressé mais le juge ne peut statuer d'office) et les nullités de caractère pénal (ouvertes à tous sauf la partie de mauvaise foi).

135. R. JAPIOT, *op. cit.*, p. 531 ; E. GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 166-167.

136. C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 269 : « conformément au but poursuivi, la sanction est au service des mêmes intérêts que la règle sanctionnée et [...] le droit d'en réclamer l'application doit être reconnu à ceux auxquels il est nécessaire de l'accorder pour garantir efficacement ces intérêts ». Voy. aussi V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », E. VIEUJEAN (sous la dir. de), *Les nullités en droit belge. Sanctions du vice et conséquences*, Liège, éd. du Jeune Barreau, 1991, pp. 76-79.

137. En indiquant qu'il faut se référer au milieu dans lequel la sanction intervient, on insiste sur le fait qu'il faut mettre en balance les intérêts en présence et déterminer s'il faut privilégier la protection d'un cocontractant, celle des tiers, voire de la société en général (C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, pp. 265-266).

138. S. GAUDET, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », *R.D. McGill*, 1995, pp. 323-324 ; M. COPEL, *op. cit.*, p. 72, n° 92 ; S. STIJNS, « Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming », *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Anvers, Intersentia, 2002, p. 229 ; I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », *Sancties en nietigheden*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 291, n° 33.

139. Voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 1^{er}, pp. 142-143, n° 96 : il précise qu'« il y a des règles qui sont essentielles au bon fonctionnement de la société, qu'il s'agisse de rapports d'intérêt public ou d'intérêt privé. Ce sont les règles dites d'ordre public, auxquelles on ne peut déroger (Code civ. : art. 6 et 1131). La violation de ces règles entraîne la sanction la plus rigoureuse qui soit : la nullité dite absolue. D'autres règles, quoique essentielles, ne touchent pas directement à l'ordre public, en ce sens qu'elles ne protègent que des intérêts privés, seuls juges du préjudice souffert en raison de la violation de la loi. Leur méconnaissance ne doit dès lors pas entraîner des conséquences aussi rigoureuses. Elles ne sont sanctionnées que par la nullité relative ».

sonnement manque cependant de nuance : comme on le verra à propos des exigences de forme, il est parfois difficile de distinguer ce qui relève de l'intérêt général ou particulier. Il est ainsi rappelé combien il est délicat d'établir des règles générales en vertu desquelles telle règle engendre *ipso facto* telle nullité¹⁴⁰. L'introduction de catégories intermédiaires permet, dans une certaine mesure, d'éviter ces écueils¹⁴¹.

27 Titulaires. Suivant la division bipartite, la nullité absolue peut être invoquée par toute personne intéressée¹⁴², ce qui se conçoit sans peine dans la mesure où la règle violée vise à protéger l'ordre public ou l'intérêt général. En multipliant les titulaires potentiels du droit de critique, on augmente les chances de voir l'acte annulé. Le juge peut également prononcer la nullité d'office et le ministère public est autorisé à l'invoquer.

Quant à la nullité relative, qui préserve les intérêts privés ou particuliers, elle ne peut être demandée que par les personnes que la règle violée est censée protéger¹⁴³. Reste à savoir si le juge peut — et doit — soulever d'office le moyen lorsque la nullité relative est tirée de la violation d'une dis-

140. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 1^{er}, p. 143, n° 96 (il précise que « le système des nullités est [...] dans notre droit, essentiellement souple ») ; A. MEEUS, « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass., 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 513-514, n° 18 ; I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », *op. cit.*, pp. 291 et s., n°s 33 et s. ; G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 892-893 (l'auteur relève qu'il est délicat de mettre en œuvre la théorie des nullités à propos des règles de forme, « sans doute parce qu'il est difficile d'identifier sûrement les intérêts dont chaque règle de forme est destinée à assurer la sauvegarde, ceux-ci étant souvent multiples et imbriqués »).

141. Mentionnant des catégories intermédiaires — largement inspirées des subdivisions de R. Japiot et E. Gaudemet — à la division en nullités relatives ou absolues, voy. C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, pp. 270-281 ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, *op. cit.*, pp. 81-82. Ils soulignent dans ce cadre qu'il faut se référer aux buts de la règle violée et au milieu dans lequel la sanction intervient, même si de nombreux auteurs négligent de mentionner ces correctifs.

142. De manière générale : E. GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 166-167 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 1^{er}, p. 145, n° 97 ; M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *op. cit.*, p. 589, n° 20 ; S. STIJNS, « Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming », *op. cit.*, p. 230 ; I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », *op. cit.*, p. 296, n° 39.

143. E. GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 166-167 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 1^{er}, p. 147, n° 98 ; M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *op. cit.*, p. 589, n° 20 ; S. STIJNS, « Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming », *op. cit.*, p. 230 ; I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », *op. cit.*, p. 295, n° 39.

position impérative. Si certains auteurs répondent par la négative¹⁴⁴, d'autres estiment que le juge doit soulever d'office la violation d'une disposition impérative, notamment parce qu'un tel moyen peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation lorsqu'il est de pur droit¹⁴⁵. Ils se prévalent à cet égard de plusieurs arrêts de la Cour de cassation¹⁴⁶.

2. Application aux exigences de forme

28 **Contrats solennels du Code civil.** Lorsque les règles de forme de la donation¹⁴⁷ — tant que le donateur est toujours en vie — ou du contrat de

144. E. KRINGS, « L'office du juge dans la direction du procès », *J.T.*, 1983, p. 510, n° 36 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 100-101, n° 38.

145. P.A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1984, p. 152 ; A. MEEUS, « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass., 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 525-526, n° 28 ; A. PUTTEMANS, « L'ordre public et la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, sur l'information et la protection du consommateur », *op. cit.*, pp. 150-151, n° 14 ; S. STIJNS, « Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming », *op. cit.*, pp. 235-236. Voy. ég. les références citées *infra*, note 185, à propos des formes prescrites par les législations récentes.

146. Cass., 2 mai 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 168 ; Cass., 17 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 895, *R.C.J.B.*, 1988, p. 495, note A. MEEUS. Sur la jurisprudence de la Cour de cassation, voy. M. GRÉGOIRE, « L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *L'ordre public. Concept et applications*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 65 et s. L'auteur démontre d'ailleurs qu'un moyen de pur droit, même supplétif, peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation (*Ibid.*, pp. 73-74, n° 8).

147. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. VIII¹, p. 568, n° 479 ; L. RAUCENT, *Les libéralités*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1991, p. 141, n° 185 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Les donations », *op. cit.*, p. 154, n° 156 ; S. NUDELHOLE, « Le régime de la nullité des donations pour vice de forme », note sous Liège, 13 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 259. En jurisprudence, voy. Cass., 14 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1066 ; Bruxelles, 23 octobre 1964, *Pas.*, 1965, II, p. 212 ; Civ. Bruxelles, 3 janvier 1986, *Rev. not. b.*, 1986, p. 185 ; Anvers, 23 avril 1986, *R.W.*, 1986-1987, col. 2305 ; Civ. Bruxelles, 6 janvier 1984, *Rev. not. b.*, 1984, p. 99 ; Civ. Dendermonde, 8 mars 1990, *T. Not.*, 1990, p. 188 ; Liège, 13 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 257, note S. NUDELHOLE. En France, certains auteurs contestent néanmoins le caractère d'ordre public de la nullité avant le décès du donateur, estimant que la nullité est relative dès lors qu'elle vise à protéger des intérêts privés (sur ce point, voy. S. NUDELHOLE, « Le régime de la nullité des donations pour vice de forme », note sous Liège, 13 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 261). L'article 1339 n'interdirait donc que la confirmation des actes nuls en la forme.

mariage¹⁴⁸ sont méconnues, la doctrine et la jurisprudence se sont prononcées en faveur de la nullité absolue du contrat. Dès la mort du débiteur, la nullité de la donation devient relative et seuls les héritiers peuvent l'invoquer¹⁴⁹. À ce niveau, les premières critiques apparaissent. H. De Page estime ainsi que le système est irrationnel : « on ne conçoit pas en effet qu'une nullité absolue, parce que tenant à la solennité de l'acte, devienne relative dans le chef des héritiers de l'une des parties. Il s'agit donc, dans cette matière des donations où beaucoup de choses sont illogiques, arbitraires et même incohérentes, d'une solution nettement dérogatoire au droit commun »¹⁵⁰. Il tente néanmoins d'expliquer ce régime et la seule raison est selon lui l'objectif de protection de la famille, poursuivi par les solennités¹⁵¹.

L'hypothèque conventionnelle est également nulle, de nullité absolue, si les formes sont méconnues¹⁵², même si les termes utilisés sont parfois ambigus. On lit ainsi que la nullité est radicale¹⁵³. Le même défaut affecte la subrogation, pour laquelle les formalités sont de rigueur¹⁵⁴.

Lorsque les formes solennelles ne sont pas observées, certains auteurs analysant la théorie moderne des nullités estiment que, de manière générale, la sanction est la nullité absolue¹⁵⁵ : la règle a en effet pour objectif de pro-

148. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. X¹, p. 185, n° 111 (ils considèrent que l'authenticité est une condition substantielle) ; Y.-H. LELEU, « Le contrat de mariage », *Rép. not.*, t. V, Livre II, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 517-518, n° 535 ; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH et K. VANWINCKELEN, *op. cit.*, p. 321, n° 678 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 53, n° 58.

149. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. VIII¹, p. 570, n° 480 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Les donations », *op. cit.*, p. 155, n° 156 ; Cass., 19 mai 1994, *J.T.*, 1995, p. 5 ; Bruxelles, 30 mai 1967, *Rev. prat. not.*, 1967, p. 281 ; Civ. Gand, 14 juillet 1956, *Rec. gén. enr. not.*, 1959, p. 449.

150. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. VIII¹, p. 567, n° 478.

151. *Ibid.* ; en ce sens ég. E. GOOVAERTS et L. WEYTS, « Notariële akte »/België, *Estate planning. Boek 2. Vermogensplanning met effect bij leven : schenking*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 96, n° 165.

152. E. GENIN, « Traité des hypothèques et de la transcription », *op. cit.*, pp. 584-585, n° 1501 ; J.-L. LEDOUX, « Les sûretés réelles. Chronique de jurisprudence (1994-2002). Dossier du J.T. », Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 129-130, n° 126 ; Bruxelles, 23 décembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 310.

153. F. T'KINT, *Sûretés*, *op. cit.*, p. 304, n° 600 ; E. GENIN, « Traité des hypothèques et de la transcription », *op. cit.*, p. 588, n° 1509.

154. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 539, n° 533.

155. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 1^{er}, p. 145, n° 97 (il ajoute toutefois qu'« établir une règle générale est chose vaine. La perspicacité du juge, s'appuyant sur les principes généraux du droit, analysés sous l'angle d'une saine et judicieuse critique, est seule décisive »).

téger l'intérêt général (par opposition à un intérêt particulier). Les motifs invoqués pour parvenir à cette conclusion sont parfois étonnants. Un auteur estime en effet que « la plupart du temps, les solennités visent à protéger des intérêts divers et il n'est pas vraiment possible d'identifier des intérêts privés que l'exigence de la formalité protégerait spécialement. Ainsi, par exemple, l'exigence de la forme notariée assure une rédaction professionnelle, une conservation de l'*instrumentum* et une plus grande précision du contenu contractuel, ce qui est utile non seulement pour les parties mais aussi pour les tiers »¹⁵⁶. En soi, l'acte notarié n'a pas pour objectif de protéger l'intérêt général. Il protège les intérêts de nombreux particuliers même s'il faut reconnaître qu'ils sont difficilement identifiables *a priori*. Le raisonnement montre ici ses limites. Aussi certains auteurs introduisent-ils une catégorie intermédiaire, qualifiée de nullité d'intérêt privé général¹⁵⁷. Pour C. Renard et E. Vieujean, « le but de la nullité justifie parfois, à l'égard du milieu où elle opère, l'attribution du droit de critique à tout intéressé, bien qu'il soit étranger à l'ordre public ou à l'intérêt supérieur de la société. Il en est ainsi quand la règle violée a pour objet l'intérêt privé de tous les citoyens indistinctement et notamment dans la plupart des cas où la validité de l'acte est subordonnée à l'accomplissement de formes solennelles »¹⁵⁸.

La qualification de nullité absolue ne fait d'ailleurs pas l'unanimité. Ainsi, M. Coipel juge discutable de voir dans l'absence d'écrit¹⁵⁹ une cause de nullité absolue, « dans la mesure du moins où la solennité a en principe pour but, en droit des contrats, d'attirer l'attention des contractants sur l'importance de l'acte qu'ils posent. Il s'agit donc de les protéger et l'intérêt général n'entre pas en ligne de compte. Partant, il semblerait logique de qualifier la nullité de relative »¹⁶⁰.

Peut-être serait-il plus adéquat de raisonner au cas par cas, en se référant aux objectifs poursuivis et au milieu dans lequel opère la sanction, pour identifier les personnes susceptibles d'invoquer la nullité¹⁶¹. La division en nullité relative ou absolue et les critères généralement utilisés pour classer

les sanctions dans l'une ou l'autre catégorie — protection de l'intérêt général ou des intérêts particuliers — sont, dans une certaine mesure, inadaptés à la diversité des réalités qu'ils sont censés appréhender.

29 Formalités probatoires. Dans les circonstances visées à l'article 114 de la loi de ventôse, l'acte notarié irrégulier est frappé de nullité. Si les travaux préparatoires de la loi de 1999¹⁶², ayant conduit à modifier la loi de ventôse, précisent que chaque partie à l'acte peut invoquer celle-ci¹⁶³, des auteurs de doctrine vont plus loin pour affirmer qu'il s'agit d'une nullité absolue, dès lors qu'il s'agit de règles d'ordre public qui protègent l'intérêt général. Par conséquent, en tout état de cause, « tout qui y a intérêt peut se prévaloir de la nullité et [...] le juge peut la soulever d'office »¹⁶⁴. En suivant ce raisonnement, il faut décider que les contrats solennels du Code civil (qui exigent un acte notarié) sont sanctionnés de nullité absolue¹⁶⁵, à moins d'admettre que les nullités de l'*instrumentum* et du *negotium* sont soumises à des régimes différents (ce qui est incohérent, selon nous). Or, comme on a pu le voir à propos des contrats solennels du Code civil (*supra*, n° 28), les exigences de forme s'accommodent mal d'une division bipartite en règles protégeant l'intérêt général ou des intérêts particuliers. Il faut également rappeler qu'après la mort du donateur, la nullité devient relative. L'*instrumentum*, sanctionné de nullité absolue, donnerait donc lieu à une nullité relative du *negotium*. Il serait dès lors plus adéquat de vérifier, au cas par cas, les hypothèses dans lesquelles l'acte notarié est établi, pour identifier les titulaires du droit de critique en fonction des objectifs poursuivis et du milieu.

Si les formalités prescrites par les articles 1325¹⁶⁶ ou 1326¹⁶⁷ du Code civil sont méconnues, l'*instrumentum* est frappé de nullité relative. Le non-

156. S. GAUDET, *op. cit.*, pp. 361-362.

157. En ce sens, R. JAPIOT, *op. cit.*, pp. 615 et s. ; E. GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 168-169 (qui cite l'hypothèque en exemple) ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 273 (ils citent en exemple le contrat d'hypothèque ou les sociétés commerciales nulles pour vice de forme).

158. C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 273. Voy. aussi E. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 168.

159. Lorsque, selon ses termes, l'écrit est « une condition d'existence du contrat » (M. COIPEL, *op. cit.*, p. 73, n° 92).

160. M. COIPEL, *op. cit.*, p. 73, n° 92.

161. Ce raisonnement exige cependant d'analyser de manière fine les finalités de chaque exigence de forme et les intérêts en jeu.

162. Loi du 4 mai 1999 modifiant la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat, *M.B.*, 1^{er} octobre 1999.

163. Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par MM. R. Landuyt et J. Barzin, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 1432/19, pp. 113-114.

164. J. DEMBLON, « L'acte notarié », *op. cit.*, p. 470, n° 794.

165. C'est une conséquence de l'intégration du formalisme probatoire dans le formalisme solennel, sur le plan de la sanction (*infra*, n° 34).

166. J. LIMPENS et R. KRUTHOF, *op. cit.*, p. 542, n° 146 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 833, n° 805 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 167, n° 245 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 254, n° 536 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 212-213, n° 139.

respect de la formalité « du double » peut cependant être invoqué par l'une ou l'autre des parties, dans la mesure où le législateur ne semble pas considérer que l'une d'elles disposerait d'une position de supériorité. Seuls les tiers au rapport contractuel sont donc exclus¹⁶⁸. Dans le cadre de la formalité « du bon pour », par contre, les exigences de forme ont avant tout pour objectif de protéger le débiteur, ce qui conduit certains juges à estimer que seul celui-ci peut s'en prévaloir¹⁶⁹.

Ces solutions sont conformes à la nature des dispositions relatives à la preuve. Les règles relatives aux actes sous seing privé ne sont ni d'ordre public, ni impératives¹⁷⁰⁻¹⁷¹. En principe, le juge ne peut soulever le moyen

167. H. De Page, *op. cit.*, t. III, p. 845, n° 818 ; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, p. 268, no 569 ; P. Wéry, « La preuve du cautionnement », note sous Civ. Mons, 8 mars 2000, R.R.D., 2000, p. 482 ; D. Mougenot, *op. cit.*, p. 220, n° 150 ; Bruxelles, 22 décembre 1967, *Pas.*, 1968, II, p. 126.

168. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 833, n° 805 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 255, n° 538 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 213, n° 139 ; Civ. Liège, 27 septembre 1983, *J.L.*, 1984, p. 245 ; Liège, 9 mars 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 67.

169. Liège, 7 décembre 1988, *Pas.*, 1989, II, p. 140.

170. En doctrine, de manière générale, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 747-748, n° 737 ; O. CAPRASSE et A. BENOÎT-MOURY, « Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve », *Droit de la preuve*, Liège, Formation permanente CUP, 1997, pp. 115 et s. ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 68-69, n° 10.

171. Pour l'article 1341, J. LIMPENS et R. KRUIHOF, p. 543, n° 148 ; P. VAN OMMESSLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 156, n° 238 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 148 et s., n° 303 et s. ; O. CAPRASSE et A. BENOÎT-MOURY, *op. cit.*, p. 116 ; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 21, n° 210. Voy. D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 118, n° 50 qui précise cependant que « les dispositions de l'article 1341 du Code civil étant inspirées par le dessein de rendre les preuves sûres et efficaces et aussi de déterminer la manière dont le juge doit former sa conviction, on pourrait estimer qu'elles sont d'ordre public ». L'auteur relève toutefois que la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire et que la doctrine a suivi. Cass., 1^{er} juillet 1926, *Pas.*, 1927, I, p. 37 ; Cass., 6 janvier 1927, *Pas.*, 1927, I, p. 119 (de manière générale, sur les règles de preuve) ; Cass., 26 avril 1945, *Pas.*, 1945, I, p. 149 ; Cass., 30 janvier 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 29 ; Cass., 21 septembre 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 8 ; Cass., 11 juin 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 700 ; Bruxelles, 6 février 1961, *Pas.*, 1962, II, p. 150 ; Cass., 27 juin 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 1131 ; Cass., 15 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1118 ; Cass., 22 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 695 (ni impératif, ni d'ordre public) ; Cass., 24 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 651 (les articles 1341, 1347 et 1353 ne sont ni impératifs, ni d'ordre public). Pour l'art. 1325 C. civ., voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 834-835, n° 806 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 251, n° 526 ; O. CAPRASSE et A. BENOÎT-MOURY, *op. cit.*, p. 116 ; Cass., 26 avril 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 702. Pour l'art. 1326 C. civ., voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 845, n° 819 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 215, n° 141 ; Civ. Louvain, 8 septembre 1995, *R.G.D.C.*, 1997, p. 119.

d'office et il ne peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation¹⁷². Des règles de preuve relèvent cependant de l'ordre public : les parties ne peuvent déroger à certaines dispositions de la loi de ventôse (concernant la lecture et le commentaire de l'acte, par exemple) et la procédure d'inscription de faux ne peut être écartée pour contester les mentions couvertes par l'authenticité¹⁷³. Il n'est donc pas surprenant que la nullité absolue soit de mise dans ces hypothèses, même si cette solution n'est pas forcément la plus justifiée (*supra*, même numéro).

30 Formalisme de publicité. En cas de nullité de l'inscription hypothécaire, la division en nullité absolue ou relative et les conséquences que l'on en tire pour connaître les titulaires de l'action ne sont pas pertinentes.

En effet, dans cette hypothèse, seuls les tiers peuvent s'en prévaloir¹⁷⁴. Tous les tiers sont visés, pour autant qu'ils aient régulièrement acquis leurs droits¹⁷⁵. En d'autres termes, si les tiers n'ont pas respecté les règles de publicité, ils seront dans la même situation que le créancier hypothécaire : la priorité de publicité l'emporte sur la priorité de l'acte, même s'il a date certaine¹⁷⁶. Contrairement au régime des transcriptions immobilières, qui subordonne l'inopposabilité à la condition que les tiers aient contracté sans fraude (art. 1^{er} L. hyp.), pour les inscriptions hypothécaires, cette exigence n'est pas requise. Peu importe que les tiers aient connu l'existence de l'acte : « la publicité y joue d'une manière rigide et absolue »¹⁷⁷. L'intérêt des tiers prime sur la sanction de la mauvaise foi :

172. Cass., 5 janvier 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 287 ; Cass., 28 septembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 46.

173. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 748, n° 737 ; O. CAPRASSE et A. BENOÎT-MOURY, *op. cit.*, pp. 116-117 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 70, n° 11.

174. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. VII, pp. 475-476, n° 539 (« les règles relatives à la publicité, dans la mesure où elles conditionnent l'efficacité de l'hypothèque, ne peuvent être invoquées que par les tiers ; elles sont sans application entre parties »). À propos de l'action en inopposabilité aux tiers, voy. aussi M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *op. cit.*, p. 587, n° 19.

175. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. VII, pp. 477-479, n° 540.

176. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. VII, pp. 478-478, n° 540.

177. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. VII, pp. 483-484, n° 543 ; M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *op. cit.*, p. 601, n° 28 ; Gand, 14 avril 1888, *Pas.*, 1888, II, p. 397 ; Civ. Mons, 25 mars 1904, *Pas.*, 1904, III, p. 271 ; Cass., 6 août 1846, *Pas.*, 1847, I, p. 139.

selon H. De Page et R. Dekkers, décider autrement pourrait en effet conduire à un désordre inextricable, « destructif de toute la sécurité du crédit immobilier »¹⁷⁸.

31 Formes modernes. Pour l'essentiel, les législations récentes visent à protéger la partie faible au rapport contractuel : l'emprunteur — dans le crédit à la consommation ou le crédit hypothécaire —, l'acheteur en dehors de l'entreprise du vendeur, le client des agences de courtage matrimonial, le voyageur, l'agent commercial, l'acquéreur d'un immeuble à temps partagé, le preneur d'assurance, le travailleur sous contrat de travail, etc. Compte tenu de cet objectif, et eu égard au milieu dans lequel opère la nullité, il semble logique de considérer qu'il s'agit d'une nullité relative.

D'ailleurs, si l'on se réfère à la nature des intérêts protégés pour déterminer le type de règle dont il s'agit, on aboutit généralement à la même conclusion dans la mesure où les dispositions des législations récentes envisagées sont, pour l'essentiel, impératives. *A priori*, leur non-respect n'est pas « de nature à faire trembler les bases de notre système économique »¹⁷⁹. Si des opinions divergentes sont parfois constatées¹⁸⁰, le caractère relatif de

178. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. VII, p. 484, n° 543. Ceux-ci précisent en effet qu'il peut « y avoir des créanciers hypothécaires deuxième, troisième en rang. Si l'hypothèque du créancier premier en rang, quoique non inscrite, était valable à l'égard du deuxième créancier qui en aurait connu l'existence, les créanciers ultérieurs, qui n'ont traité que sur la foi de la seule hypothèque inscrite (la seconde), se verraient rétrogradés de rang et primés par un créancier occulte ».

179. A. PUTTEMANS, « L'ordre public et la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, sur l'information et la protection du consommateur », *op. cit.*, p. 142, n° 3.

180. Voy. les réf. citées *contra*, dans les notes suivantes. Des précisions peuvent é.g. être apportées pour le crédit à la consommation ou le time-sharing. Dès lors que la loi sur le crédit à la consommation vise également à combattre le surendettement et à mettre fin à des abus, des dispositions de la loi — relatives notamment à la publicité (art. 5) ou à la protection de la vie privée — sont considérées comme relevant de l'ordre public (E. BALATE, P. DEJEMPE et F. DE PATOUL, *Le droit du crédit à la consommation*, Bruxelles, De Boeck, 1995, pp. 118 et s., n°s 142 et s.). On peut également prendre l'exemple de l'article 14 de la loi sur le time-sharing, même s'il ne concerne pas spécifiquement les exigences de forme. Il prévoit que sont considérées comme abusives et donc nulles de plein droit les clauses par lesquelles l'acquéreur renonce au bénéfice des droits prévus par la présente loi ou par lesquelles le vendeur s'exonère de ses obligations légales (voy. aussi l'art. 8 de la directive 94/47/CE). Les travaux préparatoires indiquent que « le caractère d'ordre public des dispositions qui garantissent la protection de l'acheteur est attesté

la nullité est généralement admis, peu importe, du reste, que les formes ressortissent au formalisme probatoire¹⁸¹, solennel¹⁸² ou d'informa-

par la nature des sanctions attachées au non-respect de ces dispositions. La nullité absolue pourra être soulevée d'office par le juge » (« Analyse des articles du Projet de loi I », *Doc. parl.*, sess. ord. 1997-1998, n°s 1716/1 et 1717/2, p. 21). Par contre, pour l'article 15 (trois hypothèses dans lesquelles le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation pour annuler le contrat), il est précisé que « cette disposition traite de la nullité relative du contrat, attachée au non-respect de certaines dispositions légales » (« Analyse des articles du Projet de loi I », *Doc. parl.*, sess. ord. 1997-1998, n°s 1716/1 et 1717/2, p. 21). Compte tenu des objectifs poursuivis par le législateur (protéger les intérêts des acquéreurs — intérêts privés — contre les pratiques abusives des vendeurs), cette position nous semble préférable : les dispositions de la loi sont impératives (A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, « L'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé (loi du 11 avril 1999) », *J.T.*, 1999, p. 804, n° 13 ; B. VANBRABANT, « Le point sur le time-sharing », *Act. dr.*, 2000, p. 643, n° 25 ; G. SCHENK, « Wettelijk kader en probleem van kwalificatie bij multi-eigendom : een rechtsvergelijkende verkenning met Frankrijk », *Jura Falconis*, 1997-1998, p. 545) et la nullité est relative (A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, « L'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé (loi du 11 avril 1999) », *J.T.*, 1999, p. 803-804, n° 13). S'agissant plus précisément des exigences de forme sanctionnées de nullité (art. 7, § 1^{er}, al. 1^{er} et 3), telle est d'ailleurs l'option choisie (voy. *infra*, note 183).

182. Pour les formes probatoires de l'art. 10 de la L.C.A.T., voy. L. CORNELIS et R. GEELLEN, « Toetsing aan het algemeen (verbintnissen) recht van de gemeenschappelijke bepalingen met betrekking tot de totstandkoming van de landverzekeringsovereenkomsten (art. 4-10 van de Wet van 25 juni 1992 op de landovereenkomst) », *R.D.C.*, 1994, p. 409, n° 41 : ces auteurs semblent toutefois considérer que l'absence d'un élément de l'*instrumentum* n'a pas seulement une incidence sur le plan probatoire mais affecte également la validité du *negotium* (*Ibid.*, p. 412, n° 43) ; nous y reviendrons par la suite, *infra*, n° 33.

183. Pour les ventes en dehors de l'entreprise du vendeur, voy. A. PUTTEMANS, « L'ordre public et la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, sur l'information et la protection du consommateur », *op. cit.*, p. 183, n° 45 ; Comm. Mons, 1^{er} septembre 1994, *D.C.C.R.*, 1996, p. 226, note A. LACOSTE ; Gand, 10 septembre 2003, *D.C.C.R.*, 2004/65, p. 63, note P. DE VROEDE ; *contra* : Anvers, 1^{er} juin 2004, *N.j.W.*, 2005, p. 801, note R.S. Pour le contrat de time-sharing, voy. A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, « L'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé (loi du 11 avril 1999) », *J.T.*, 1999, p. 802, n° 9 ; J. VAN DE VELDE, « De wet van 11 april 1999 betreffende de overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen : de lang verwachte *deus ex machina* of een doekje voor het bloeden ? », *R.W.*, 1999-2000, p. 1120, n° 47. Pour la loi sur l'information précontractuelle, voy. A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, « La nouvelle loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *D.A.O.R.*, 2006, pp. 125-127.

tion¹⁸³. Cependant, on considère parfois que certaines dispositions relèvent de l'ordre public, ce qui conduit à qualifier la nullité d'absolue.

Le caractère impératif des dispositions prescrites par les législations récentes emporte une autre conséquence : pour les raisons développées précédemment (voy. *supra*, n° 27), le juge a en effet le pouvoir de soulever la nullité d'office¹⁸⁴.

C. Objet de la sanction

32 **Formalité et acte juridique.** Il y a formalisme contractuel lorsqu'un mode d'extériorisation de la volonté est prescrit par la loi, à peine de sanction. Dans ce cadre, deux éléments doivent être distingués : la manifestation de la volonté et la manière précise dont elle doit se matérialiser conformément à la loi. Dans tous les cas, *la volonté doit nécessairement s'extérioriser* et quitter le for interne de la conscience. Le formalisme apparaît dès lors que *ce mode d'extériorisation est imposé par la loi, à peine de sanction*. La sanction peut porter sur la *manifestation de volonté* — l'acte juridique — et/ou sur *son mode d'extériorisation* — la formalité prescrite par la loi.

La manifestation de volonté — premier élément — vise à produire des effets de droit : créer, transmettre, éteindre ou modifier des obligations.

183. Pour le crédit à la consommation, voy. E. BALATÉ, P. DEJEMPE et F. DE PATOUL, *Le droit du crédit à la consommation*, Bruxelles, De Boeck, 1995, pp. 115-117, n° 140-141 et p. 123, n° 148 ; F. DE PATOUL, note sous J.P. Courtrai, 28 février et 11 avril 2001, *Ann. Crédit*, 2001, p. 94 ; *contra* : J.P. Courtrai, 11 avril 2001, *Ann. Crédit*, 2001, p. 86, note F. DE PATOUL. Pour les formes prescrites par les art. 9 et 23 de la loi sur le contrat de voyage, voy. Cass., 26 mai 2006, C.05.0378.F. Nous classons provisoirement ces dernières dispositions dans le formalisme d'information dans la mesure où la question de savoir si elles relèvent du formalisme probatoire ou solennel est controversé (du moins, avant l'arrêt de la Cour de cassation du 26 mai 2006). Compte tenu des caractéristiques du formalisme d'information, il ne paraît pas contestable que ces formalités relèvent, à tout le moins, de cette catégorie.

184. Outre les réf. citées *supra*, note 146, de manière générale, voy., pour le time-sharing, B. VANBRABANT, « Le point sur le time-sharing », *Act. dr.*, 2000, p. 643, n° 25. Pour le contrat de crédit à la consommation, voy. F. DE PATOUL, note sous J.P. Courtrai, 28 février et 11 avril 2001, *Ann. Crédit*, 2001, p. 94. Pour la garantie des biens de consommation, voy. C. BIQUET-MATHIEU, « La garantie des biens de consommation — Présentation générale », *op. cit.*, pp. 89-91, n° 69-72 ; exposé des motifs de la loi, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004 (Lég. 51), n° 982/1, p. 21, qui se fonde sur la jurisprudence de la Cour de Justice (C.J.C.E., arrêt *Océano* du 27 juin 2000, aff. jointes C-240/98 à C-244/98).

Ainsi se définit d'ailleurs l'acte juridique. Dans le cadre de notre réflexion, sont visés le contrat dans son ensemble (*negotium*), certaines de ses stipulations (clause contractuelle soumise à des formalités spécifiques), ou des actes juridiques ponctuels — et généralement unilatéraux — requis aux différentes étapes du processus contractuel (pour résilier le contrat ou notifier une cession de créance au débiteur cédé, par exemple).

Quant au mode d'extériorisation de la volonté imposé par la loi — second élément —, il correspond à la manière dont la volonté se matérialise, concrètement, dans le monde réel. Selon le cas, il consiste en la remise d'une chose (contrats réels) ou est lié à l'écrit et doit éventuellement être complété par d'autres formalités (formalismes solennel, probatoire et de publicité).

33 **Nullité portant uniquement sur la formalité.** La méconnaissance des formalités probatoires requises dans le cadre du processus contractuel n'a, en principe, aucune incidence directe sur la validité du contrat (au sens de *negotium*) ou de l'acte juridique qu'elles constatent¹⁸⁵. La sanction porte uniquement sur l'*instrumentum*.

En réalité, les règles de preuve se superposent aux règles de fond¹⁸⁶. Les régimes respectifs évoluent dans des mondes parallèles qui, d'un point de vue strictement théorique, sont sans influence les uns sur les autres.

185. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 711, n° 715 ; F. LAURENT, *op. cit.*, t. XV, p. 517, n° 457 ; M. VAN QUICKENBORNE, « Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé », note sous Cass., 28 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1985, p. 67, n° 3 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 108, n° 37 ; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, *op. cit.*, pp. 19-20, n° 160. En jurisprudence, voy., à propos de l'art. 1325 C. civ. : Cass., 22 avril 1915, *Pas.*, 1915-1916, I, p. 259 ; Anvers, 7 février 1995, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1754, *R.W.*, 1997-1998, p. 643 ; Anvers, 1^{er} juin 2004, *N.j.W.*, 2005, p. 801, note R.S. Pour l'art. 1326 C. civ., voy. les réf. citées *infra*, note 198. En France, Th. IVAINER, note sous Cass. fr., 15 juillet 1975, *J.C.P.*, 1976, II (n° 18414). Dans la rigueur des principes, les rédacteurs du Code civil et, par la suite ses commentateurs, distinguent clairement les règles de preuve des règles de validité. Dans sa présentation au corps législatif, Portalis indique en effet que lorsque l'écriture n'est exigée que comme une simple preuve, sa « seule absence [...] n'opère pas la nullité d'un acte dont il constaterait d'ailleurs par d'autres preuves équivalentes et capables de rassurer le juge » (Présentation au corps législatif et exposé des motifs par Portalis, 27 février 1804, P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Osnabrück, Otto Zeller, 1968 (réimpression de l'édition de 1827), t. 14, pp. 110-111). Voy. aussi E. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 140 ; X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *op. cit.*, p. 1770.

186. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 711, n° 715.

D'ailleurs, si c'est le *negotium* qui est annulé, pour vice de consentement par exemple, l'*instrumentum* est formellement toujours valable, si ce n'est qu'il perd tout intérêt puisqu'il constate une convention nulle¹⁸⁷.

Ainsi, lorsque le contrat est consensuel — le contrat d'assurance terrestre par exemple —, l'inobservation ou l'irrégularité des formalités probatoires — prescrites principalement par l'article 10 de la L.C.A.T. — n'a aucune conséquence sur la validité du contrat. Pourtant, L. Cornelis et R. Geelen considèrent que l'absence d'un élément de l'*instrumentum* n'a pas seulement une incidence sur le plan probatoire mais affecte également la validité du *negotium*¹⁸⁸. En raison du caractère impératif de la loi, l'absence des éléments essentiels du contrat est sanctionnée de nullité relative¹⁸⁹. De manière générale, ces auteurs considèrent que le problème tient au fait que le contenu de l'*instrumentum* correspond nécessairement à celui du *negotium*. En réalité, il faut se garder de confondre les conditions de validité de l'*instrumentum* et du *negotium*¹⁹⁰. Si l'un des éléments requis à l'article 10, § 2, n'est pas mentionné sur l'*instrumentum* ou si l'un des éléments essentiels du contrat, qui ne sont pas visés explicitement par l'article 10, § 2, n'est pas repris dans l'écrit, la validité du contrat n'est pas forcément remise en cause. On ne peut en effet déduire de l'absence d'un élément dans l'écrit que les parties n'ont pas marqué leur accord à son propos. Même en cas de litige, l'*instrumentum* incomplet vaudra en principe comme commencement de preuve par écrit et, si les conditions de l'article 1347 du Code civil sont

187. Pour l'acte authentique, il est précisé que l'*instrumentum* « n'est pas nul mais devient inutile ; il n'aura pas à sortir ses effets ; son authenticité subsiste mais elle est sans objet » (J. DEMBLON, « L'acte notarié », *op. cit.*, p. 471, n° 796).

188. « De problemen die m.b.t. artikel 10, § 2 L.V.W. ontstaan, vinden hun oorsprong in het feit (dat blijkbaar aan de aandacht is ontsnapt) dat de inhoud van het schriftelijke bewijs van een overeenkomst (het instrumentum) noodzakelijk aan de inhoud van een rechtshandeling beantwoordt (het negotium). Wanneer inzake de inhoud van het instrumentum eisen worden gesteld, werken die noodzakelijk door naar de inhoud van het negotium. Zij worden niet meer of niet minder essentiële geldigheidsvoorwaarden van de overeenkomst, die niet enkel een invloed hebben op de bewijsregels, maar ook op het rechtsgeldig tot stand komen van de overeenkomst. De gevolgen daarvan zijn de wetgever ontgaan » (L. CORNELIS et R. GEELLEN, *op. cit.*, p. 412, n° 43).

189. L. CORNELIS et R. GEELLEN, *op. cit.*, p. 409, n° 41.

190. Sur ce point, voy. H. JACQUEMIN, « Le formalisme du contrat d'assurance : sanctions et adaptation aux technologies de l'information », *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.091/8, n° 24.

réunies, l'élément manquant pourra être prouvé par toutes voies de droit¹⁹¹.

Si les formalités publicitaires des articles 83 et 84 de la loi hypothécaire sont méconnues, l'inscription peut être sanctionnée de nullité (art. 85 L. hyp.). La nullité ne porte que sur la formalité de publicité, sans affecter le *negotium*, du moins entre parties. Comme on le verra par la suite, à l'égard des tiers, l'absence d'inscription régulière aura une incidence sur l'efficacité du *negotium* (*infra*, n° 46).

34 **Sanction portant sur la formalité (l'*instrumentum*) et sur l'acte juridique.** Lorsqu'un acte notarié est exigé comme condition de validité d'un acte juridique, le formalisme probatoire est intégré dans le formalisme solennel. Pour leur formation, les quatre contrats solennels du Code civil exigent, à tout le moins, la rédaction d'un acte notarié soumis à des règles de forme bien précises. Or, celui-ci constitue également l'un des modes d'extériorisation du formalisme probatoire. L'acte notarié (moyen) est exigé dans une perspective solennelle parce qu'il remplit certaines fonctions qui permettent d'atteindre des objectifs déterminés (fin). Lorsqu'il est requis dans une perspective probatoire, c'est également pour satisfaire des fonctions données. Les fonctions spécifiques se superposent les unes aux autres : à tout le moins, les fonctions solennelles comprennent les fonctions probatoires.

La sanction appliquée en cas d'absence ou d'irrégularité de l'*instrumentum* ne tient pas compte de la fonction poursuivie par la règle de forme. On considère en effet que la nullité de l'*instrumentum* entraîne la nullité du *negotium*¹⁹². Le formalisme probatoire est intégré dans le formalisme

191. En ce sens, L. SCHUERMANS, *op. cit.*, pp. 206-207, n° 270.

192. J. DEMBLON, « L'acte notarié », *op. cit.*, p. 471, n° 795. Voy. aussi J. DABIN, « La technique de la preuve juridique, spécialement en droit civil », *B.J.*, 1932, col. 363-364, qui note ainsi une incidence de la preuve sur le fond : « là où l'écrit est exigé pour la validité même de l'acte, *ad solennitatem*, il passe au rang d'une condition de fond : *forma dat esse rei*. Sans doute, sa fonction ne cesse pas d'être probatoire, et cette mutation de l'élément probatoire en condition de fond n'est qu'un moyen technique permettant de sanctionner, d'une manière efficace et radicale, l'obligation de pourvoir à la preuve. Il est clair néanmoins que la preuve, débordant ici de son domaine propre, marque un empiètement sur le fond du droit, qu'elle vient régenter et modeler au gré de ses exigences particulières ». En ce sens, D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 64, n° 3. Voy. aussi F. GÉNY, *op. cit.*, p. 110, n° 205 (« nous savons, d'ailleurs, que les formes solennelles elles-mêmes ne demeurent pas étrangères, par leur but, à la preuve des actes qui les requièrent »).

solennel : comme le note un auteur, « *instrumentum* et *negotium* sont alors liés et confondus »¹⁹³. Plus précisément, ces deux catégories de formalisme sont envisagées de manière hiérarchisée, le formalisme solennel supplantant le formalisme probatoire. C'est donc la sanction de la catégorie supérieure (le formalisme solennel) qui l'emporte et englobe celle de la composante subalterne (le formalisme probatoire).

Ce raisonnement se vérifie également pour l'application des articles 1318 du Code civil et 114 de la loi de ventôse¹⁹⁴.

35 Confusions possibles. Si les causes de la nullité ou ses sujets actifs (et la distinction en nullité absolue et relative) ne permettent pas de distinguer clairement les diverses espèces de formalisme en se fondant sur la sanction, l'objet de celle-ci peut, *a priori*, paraître plus efficace.

En effet, dans le formalisme probatoire, la nullité porte uniquement sur l'*instrumentum* et est sans incidence théorique sur le *negotium*. Il en va de même pour l'inscription hypothécaire, entre parties (formalisme de publi-

193. D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 139, n° 81 et p. 109, n° 37. En ce sens, M. RENARD-DECLAIRFAYT, « Force probante des actes notariés », *Rép. not.*, t. XI, Livre VI, Bruxelles, Larcier, 1983, p. 49, n° 21.

194. Dans le cadre du formalisme solennel, la doctrine, suivie par la jurisprudence, estime que, « du fait que la nullité de l'*instrumentum* entraîne la nullité du *negotium*, il résulte que l'acte authentique nul ne vaut même pas comme acte sous seing privé » (H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. XI, p. 186, n° 111). H. De Page se justifie dans le volume consacré à la preuve : « lorsque l'existence même de l'acte juridique (*negotium*) est liée à la forme authentique, l'article 1318 ne s'applique pas. C'est le cas des actes solennels. Un acte soumis à solennité, nul en tant qu'acte authentique (*instrumentum*), entraîne *ipso facto* l'inexistence (et non la nullité) de la convention, du *negotium*. C'est l'application de la règle *Forma dat esse rei*. L'*instrumentum* ne peut valoir, en raison même de ce principe, comme écriture privée » (H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 789, n° 769). En ce sens, G. BAUDRY-LACANTINIERE et L. BARDE, *op. cit.*, t. III (1^{re} partie), n° 2100 ; M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, p. 136, n° 179 ; Y.-H. LELEU, « Le contrat de mariage », *Rép. not.*, t. V, Livre II, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 518, n° 535 ; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH et K. VANWINCKELEN, *op. cit.*, pp. 321-322, n° 678 ; J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, 2, *Huwelijks-vermogensrecht*, Bruges, La Charte, 2004, p. 255, n° 479. Voy. aussi Anvers, 28 octobre 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 1096 (« dat artikel 1318 van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing is daar het alleen handelt over de waarde van de akte als geschreven bewijsstuk (*instrumentum*) en niet over de waarde der daarin vastgestelde rechtshandeling die nietig is indien haar geldigheid juist van een authentieke en te dezen zelfs meer namelijk van een 'plechtige' authentieke akte afhangt »).

cité). Lorsqu'il y a formalisme solennel, la nullité a pour objet l'*instrumentum* et le *negotium* mais la sanction portant sur ce dernier prévaut et il ne faut retenir que les effets qui en résultent.

La lecture de la jurisprudence montre cependant que ces principes sont parfois méconus : des confusions sont donc possibles. Les termes choisis par le législateur dans certains textes adoptés récemment peuvent également donner lieu à des hésitations.

La formalité prescrite par l'article 1326 du Code civil est requise dans une perspective probatoire : sa méconnaissance est sans incidence sur la validité du *negotium*. La Cour de cassation française a, un temps, considéré qu'en matière de cautionnement, l'article 1326 du Code civil constituait une condition de validité du contrat¹⁹⁵, mais elle est rapidement revenue à sa jurisprudence traditionnelle¹⁹⁶. En Belgique, la jurisprudence est également fixée en ce sens¹⁹⁷ : la sanction ne porte que sur l'*instrumentum*. Dans un arrêt du 22 octobre 1997, la cour d'appel de Bruxelles semble toutefois considérer que le *negotium* est également affecté¹⁹⁸. Elle estime en effet que « l'inobservation de la formalité prévue par l'article 1326 du Code civil vicie l'engagement de caution de A.A. ». Suivant les principes énoncés précédemment, l'engagement de caution demeure parfaitement valable, si ce n'est qu'il pourrait se révéler plus délicat à prouver. On peut également citer une décision du tribunal correctionnel de Bruxelles, du 6 février 1990, rendue en matière de transaction. Si l'article 2044, alinéa 2, du Code civil dispose que

195. Cass. fr., 30 juin 1987, *Bull. civ.*, n° 210, p. 155 : « il résulte de la combinaison des articles 1326 et 2015 du Code civil que les exigences relatives à la mention manuscrite ne constituent pas de simples règles de preuve mais ont pour finalité la protection de la caution ».

196. Cass. fr., 15 novembre 1989, *D.*, 1990, p. 177, note Ch. MOULY. Sur ce point, voy. Ch. MOULY, note sous Cass. fr., 15 novembre 1989, *D.*, 1990, pp. 178-181 ; M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des Sûretés*, 4^e éd., Paris, Litec, 1997, pp. 89 et s., n°s 103 et s. ; G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 889-890.

197. Cass., 14 octobre 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 395 ; Bruxelles, 22 décembre 1967, *Pas.*, 1968, II, p. 126 ; Civ. Liège, 1^{er} octobre 1973, *J.L.*, 1973-1974, p. 45 ; Mons, 3 décembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 240 ; Civ. Mons, 8 mars 2000, *R.R.D.*, 2000, p. 474, note P. WÉRY ; Civ. Hasselt, 31 mai 2001, *R.W.*, 2003-2004, p. 544 ; Anvers, 21 novembre 2002, *D.A.O.R.*, 2003/66, p. 69 ; Bruxelles, 14 mars 2003, *Rev. not. b.*, 2005, p. 180, note P.-P. RENSON.

198. Bruxelles, 22 octobre 1997, *J.T.*, 1998, p. 290.

« ce contrat doit être rédigé par écrit », les auteurs de doctrine et la jurisprudence s'accordent pour dire que seule la preuve du contrat est visée¹⁹⁹. Le tribunal décide néanmoins que « c'est à bon droit que le premier juge a estimé que l'écrit soumis par l'assureur du prévenu ne constituait pas un contrat de transaction puisque : 1° il n'est signé que par une seule des parties en cause [...]; 2° il n'est établi qu'en un seul exemplaire ; 3° il n'existe pas de preuve de l'existence du contrat résultant de son exécution même »²⁰⁰⁻²⁰¹. L'écrit — *instrumentum* — ne peut être assimilé au *negotium*. Il aurait été plus correct d'énoncer que l'écrit n'apportait pas la preuve du contrat de transaction.

Certaines législations récentes prescrivent l'établissement d'un écrit, éventuellement revêtu de diverses mentions et ce, à peine de nullité. On peut parfois se demander si c'est uniquement l'*instrumentum* qui est sanctionné de la sorte, ou également le *negotium*. Ainsi, pour les ventes au consommateur en dehors de l'entreprise du vendeur, l'article 88, alinéa 1^{er}, de la L.P.C.C. dispose que, « sans préjudice des règles régissant la preuve en droit commun, les ventes au consommateur visées par la présente section doivent, sous peine de nullité, faire l'objet d'un contrat écrit, rédigé en autant d'exemplaires qu'il y a de parties contractantes ayant un intérêt distinct ». L'article 88, alinéa 1^{er}, *initio* renvoie aux règles de preuve en droit commun. On pourrait donc penser que la formalité ressortit au formalisme probatoire ; l'expression « à peine de nullité » ne viserait que l'*instrumentum*.

199. E. R. N. ARNTZ *Cours de droit civil français*, 2^e éd., t. 4, Bruxelles, Bruylant, 1880, p. 188, n° 1542 ; F. LAURENT, *op. cit.*, t. XXXVIII, pp. 361-362, n° 367 ; A. DURANTON, *op. cit.*, t. 7, p. 357, n° 303 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2^e éd., t. V, 1975, p. 494, n° 498 ; J. SACE, obs. sous Mons, 19 mars 1980, *Rev. not. b.*, 1980, p. 265 ; D. DEVOS, « Chronique de jurisprudence. Les contrats (1980-1987) », *J.T.*, 1993, p. 94, n° 39 ; P.-A. FORTIERS, « La transaction », *Les contrats spéciaux*, Liège, Formation permanente CUP, 1999, p. 121, n° 8 ; Cass., 25 avril 1844, *Pas.*, 1844, I, p. 152 ; Bruxelles, 8 mars 1916, *Pas.*, 1915-1916, II, p. 325 ; Bruxelles, 15 février 1963, *Pas.*, 1963, II, p. 270 ; Liège, 20 mars 1964, *J.L.*, 1964-1965, p. 73 ; Mons, 19 mars 1980, *Rev. not. b.*, 1980, p. 257, obs. J. SACE ; C. trav. Anvers, 18 sept. 1980, *R.W.*, 1980-1981, col. 1852, note C. PAULUS ; Bruxelles, 17 février 1987, *R.G.D.C.*, 1989, p. 140, note M. FLAMÉE ; Civ. Tongres, 10 juin 1994, *R.G.D.C.*, 1995, p. 412 ; Anvers, 7 février 1995, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 325, note B. CATTOIR ; Liège, 25 novembre 1997, *R.G.D.C.*, 1999, p. 150 ; Mons, 25 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1257.

200. Nous soulignons.

201. Corr. Bruxelles, 6 février 1990, *R.G.A.R.*, 1991, n° 11847.

À juste titre, la qualification probatoire est cependant rejetée²⁰² : c'est la vente qui est nulle si les prescriptions formelles sont méconnues. On peut d'ailleurs considérer que le renvoi aux règles de preuve est superfétatoire. Parmi les formalités prescrites par la loi sur le time-sharing figure l'exigence des exemplaires multiples, requise à peine de nullité du contrat (art. 7, § 1^{er}, al. 1^{er}). Un auteur estime que l'exigence du double exemplaire forme un doublon par rapport à l'article 1325 du Code civil²⁰³. Les formalités sont effectivement les mêmes, à cette différence près — et elle est de taille — que, dans la loi sur le time-sharing, la nullité du contrat (*negotium*) peut être demandée, alors que, dans le cadre de l'article 1325 du Code civil, seule sa preuve pourra poser problème. Des moyens de défense pourront toutefois être invoqués utilement, pour suppléer sa méconnaissance : aveu, serment ou commencement de preuve par écrit. Les parties pourraient aussi décider de déroger conventionnellement à l'article 1325 du Code civil, ce qui n'est pas permis dans la loi sur le time-sharing, de nature impérative.

D. Effets de la sanction

36 Nullité *ex tunc*. En principe, l'acte juridique sanctionné de nullité ne peut produire aucun effet pour l'avenir²⁰⁴. On empêche également que les effets qui se sont produits par le passé puissent subsister en disant que la nullité opère *ex tunc*, de manière rétroactive²⁰⁵. La situation est relativement simple

202. V. SIMONART, « La loi du 14 juillet 1991 et le droit des obligations », *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 67, n° 11 ; J.-J. EVRARD, « Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur (loi du 14 juillet 1991) », *J.T.*, 1992, p. 695, n° 93. De manière unanime, la jurisprudence se prononce d'ailleurs en faveur de la nullité du contrat : voy. les réf. citées *supra*, note 123.

203. J. VAN DE VELDE, « De wet van 11 april 1999 betreffende de overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen : de lang verwachte *deus ex machina* of een doekje voor het bloeden ? », *R.W.*, 1999-2000, p. 1119, n° 47. *Contra* : B. VANBRABANT, « Le point sur le time-sharing », *Act. dr.*, 2000, p. 636, n° 22 qui conteste, à juste titre, le caractère probatoire de la formalité.

204. Sur les effets de la sanction, voy. la contribution de T. STAROSSELETS, dans le présent ouvrage.

205. E. GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 161 et s. ; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 1^{er}, p. 149, n° 99 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 285 ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, *op. cit.*, pp. 100 et s. ; M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *op. cit.*, pp. 610-611, n° 39 ; T. STAROSSELETS, « Effet de la dissolution *ex tunc* », *La fin du contrat*, Liège, Formation permanente CUP, 2001, pp. 201-202 ; S. STIJNS, « Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming », *op. cit.*, pp. 226-227 ; I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », *op. cit.*, p. 323, n° 76.

si l'acte juridique n'a reçu aucune exécution. Dans le cas contraire — exécution totale ou partielle —, il convient de procéder à des restitutions pour rétablir le *statu quo ante*. Les choses reçues doivent être restituées en nature ou, si cela s'avère impossible, par équivalent²⁰⁶.

La nullité produit ses effets *erga omnes* : elle s'impose aux parties, mais également aux tiers²⁰⁷.

37 Application aux exigences de forme. Les effets décrits dans le paragraphe précédent s'appliquent aux formes solennelles.

Pour les formes de publicité, il faut se montrer plus nuancé. Les incidences de la nullité de l'inscription ne visent que les tiers, auxquels l'acte est inopposable. Entre parties, cette sanction n'a en principe aucune conséquence (*infra*, n° 46).

Pour les formes probatoires, l'observation des effets consécutifs à la sanction conduit à se demander s'il s'agit effectivement d'une nullité *ex tunc* ou s'il n'est pas plus adéquat de parler de conversion. Lorsque les formalités probatoires requises pour la validité des actes notariés ou sous seing privé n'ont pas été observées, ceux-ci sont sanctionnés de nullité. S'agissant du régime prévu à l'article 114 de la loi de ventôse, on considère d'ailleurs que celle-ci opère *ex tunc*²⁰⁸, conformément à la théorie générale des nullités. Selon nous, il serait plus correct de parler de conversion. La nullité implique que l'*instrumentum* ne puisse produire aucun effet. Or, qu'il s'agisse de l'acte notarié ou sous seing privé, lorsque les formalités prescrites n'ont pas été observées, des effets sont reconnus à l'*instrumentum* irrégulier. Conformément à l'article 114 de la loi de ventôse et à l'article 1318 du Code civil, l'acte notarié irrégulier peut valoir comme acte sous seing privé s'il est signé par toutes les parties. Il est donc disqualifié ou converti en acte sous seing

206. C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 286 ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, *op. cit.*, pp. 102 et s. ; M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *op. cit.*, pp. 613 et s., n° 44 ; T. STAROSSELETS, « Effet de la dissolution *ex tunc* », *op. cit.*, pp. 211 et s. ; I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », *op. cit.*, p. 324, n° 77.

207. E. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 161 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 286 ; M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *op. cit.*, p. 611, n° 40 ; I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », *op. cit.*, p. 318, n° 72.

208. Voy. J. DEMBLON, « L'acte notarié », *op. cit.*, pp. 176-178, n°s 174-177 (contravention aux articles 6, 3° et 4°, 8, 9, § 2 et 51, § 7) et pp. 469-470, n° 794 (art. 114 de manière générale).

privé. De même, l'acte sous seing privé dépourvu de signature ou établi en méconnaissance des articles 1325 ou 1326 du Code civil peut être considéré comme un commencement de preuve par écrit. En dehors de ces hypothèses, le document constitue à tout le moins une présomption. Certes, les effets ne sont pas identiques mais, même s'ils sont plus réduits, on ne peut les assimiler au néant (sur la conversion en matière probatoire, voy. *infra*, n°s 49 et s.).

E. Moyens de défense

38 Formalisme solennel. Pour caractériser les formes solennelles, les auteurs de doctrine précisent que celles-ci sont irremplaçables. Selon J. Flour, « formalisme ne signifie pas forme *compliquée*, mais forme *impérative*, c'est-à-dire imposée sans équivalent possible, pour donner valeur juridique à la manifestation de volonté. Par exemple, on ne peut rien imaginer de plus simple que le chèque barré : des signes graphiques suffisent à obtenir un résultat juridique déterminé. Ils suffisent certes, mais ils sont également nécessaires. Que l'on tente d'obtenir ce même résultat en extériorisant la volonté d'une autre manière, et l'on n'y parviendra pas. L'acte est donc solennel »²⁰⁹.

Suivant cette affirmation, les parties ne peuvent décider d'extérioriser leur volonté d'une autre manière que celle prévue par la loi, à peine de voir l'acte juridique sanctionné. Selon nous, si l'on s'en tient aux contrats solennels du Code civil, l'assertion doit nécessairement être nuancée. En principe, conformément à l'article 931 du Code civil, la validité des donations est subordonnée à la rédaction d'un acte notarié. Pourtant, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent, de manière unanime, la validité des donations manuelles, déguisées ou indirectes²¹⁰. Concrètement, pour ces donations, les parties sont dispensées de respecter les règles de forme établies aux articles 931 et suivants du Code civil : acte notarié, acceptation expresse,

209. J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *op. cit.*, pp. 101-102, n° 9. En ce sens, J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 391, n° 431 et pp. 392-393, n° 432 ; P. BRASSEUR, *op. cit.*, p. 627, n° 23. Voy. aussi J. Carbonnier, qui indique qu'à la différence des règles de preuve, « l'absence de l'écriture-solennité est irrémédiable, le contrat étant alors nul » (J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 178, n° 90).

210. Voy. not. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. VIII¹, p. 583, n° 491 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Les donations », *op. cit.*, pp. 148-149, n° 149 et les réf. citées.

notification, procuration authentique, état estimatif. Les règles de fond doivent néanmoins être observées.

En outre, conformément aux principes de base régissant la théorie des nullités, il ne nous semble pas correct d'affirmer que la sanction est, en tout état de cause, irrémédiable. À notre avis, il faut en effet se référer aux objectifs de la règle violée et au milieu dans lequel elle opère. Appliqués strictement, ces deux principes devraient permettre d'échapper à la nullité s'il s'avère, par exemple, que les objectifs poursuivis par la règle de forme ont été atteints par ailleurs ou si la recherche de l'équilibre contractuel impose d'écarter la sanction, compte tenu des effets qu'elle pourrait engendrer. Dans un arrêt récent concernant l'inobservation de certaines exigences de forme prescrites par la loi sur le contrat de voyage, la Cour de cassation juge le moyen fondé et casse l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles dans la mesure où « il ne justifie pas légalement sa décision que le contrat est nul et que les défendeurs ont droit au remboursement de leur acompte »²¹¹. Elle décide en effet que « les formalités prévues par [les articles 9 et 23 de la loi] tendent à protéger les intérêts du voyageur. Leur non-respect peut entraîner une nullité relative que le juge apprécie selon la gravité de l'atteinte portée à ces intérêts ». Or, la cour d'appel se borne à indiquer, de manière générale, que ces dispositions « imposent, pour la formation du contrat, un formalisme renforcé », qu'ils « ont pour finalité d'assurer la protection du consommateur » et que « leur non-respect est sanctionné par la nullité du contrat ». En pratique, et spécialement pour les contrats solennels, il est pourtant rare que la doctrine ou la jurisprudence s'interrogent sur ces aspects, se contentant d'appliquer la sanction sans autre considération. Ces deux principes ne seraient donc que des vœux pieux, invoqués pour justifier certains raisonnements spécifiques ; ils ne constituent en aucun cas une clé d'analyse incontournable, ce qui est regrettable.

Formalisme probatoire. Divers moyens de défense peuvent être invoqués pour échapper à la sanction résultant du non-respect de l'article 1341 du Code civil. Sont visées les hypothèses dans lesquelles l'écrit est irrégulier (absence de signature, non-respect des articles 1325 ou 1326 du Code civil) ou absent. La preuve pourra être apportée s'il y a commencement de preuve

par écrit (art. 1347 C. civ.), impossibilité de prouver par écrit (art. 1348 C. civ.), aveu ou serment.

S'il y a commencement de preuve par écrit, les témoignages et les présomptions deviennent recevables. Encore faut-il que les trois conditions de l'article 1347 du Code civil soient réunies. Un écrit est requis. Un écrit quelconque (brouillon, reçu, etc.) ou qui ne respecterait pas les règles de validité propres aux preuves littérales suffit²¹². Cet écrit doit émaner de celui contre lequel la demande est formée ou de son représentant²¹³. Il n'est pas requis, pour que la condition soit remplie, que l'écrit ait été rédigé par celui à qui on l'oppose, pour autant que celui-ci l'ait approuvé (en le signant, par exemple) ou se le soit approprié²¹⁴. Comme le relèvent des auteurs, « le juge apprécie souverainement d'après les circonstances de l'espèce s'il en est bien ainsi, mais il doit se montrer très circonspect dans son appréciation »²¹⁵. Enfin, il faut que l'acte admis comme commencement de preuve par écrit rende vraisemblable le fait allégué²¹⁶, ce qui requiert une analyse du contenu de celui-ci. Il faut une apparence de vérité²¹⁷. Si ces conditions sont remplies, la preuve par témoins et par présomptions est admise²¹⁸. Elle est, du reste,

212. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 912 et s., n° 892 ; A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984) », *R.W.*, 1985-1986, col. 175 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 167-169, n° 353-356 ; C. GOUX, « Observations sur le commencement de preuve par écrit », note sous Liège, 25 février 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 206 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 128-129, n° 62.

213. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 917-919, n° 894 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 169-170, n° 357 ; C. GOUX, *op. cit.*, pp. 207-210 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 129-130, n° 63.

214. Comme l'indique C. Goux, « un écrit émane de la partie contre laquelle on l'oppose si on peut établir qu'il lui est propre. Ce caractère lui sera reconnu si l'écrit a été rédigé de sa main, si elle l'a signé ou s'il présente un caractère authentique. À défaut, il faudra établir, par toutes voies de droit, soit que le document lui était propre dès l'origine, étant l'œuvre intellectuelle de cette personne, soit qu'elle a fait sien, en tout ou en partie, un document émanant d'un tiers » (C. GOUX, *op. cit.*, p. 210). En jurisprudence, voy. Cass., 19 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 37 (une personne s'approprie l'écrit en le soumettant à ses cocontractants) ; Cass., 6 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 960 ; Cass., 12 février 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 709 ; Civ. Liège, 26 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 773 (somm.) ; Civ. Liège, 10 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1335 ; Liège, 25 février 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 202, note C. GOUX.

215. J. LIMPENS et R. KRUTHOF, *op. cit.*, p. 545, n° 151.

216. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 919-922, n° 895 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 171-172, n° 358 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 130, n° 64.

217. Cass., 24 mai 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 1078.

218. Cass., 4 mai 1995, *J.T.*, 1995, p. 624.

211. Cass., 26 mai 2006, C.05.0378.F, disponible sur www.cass.be.

requis : le commencement de preuve par écrit est un adminicule de preuve, insuffisant en soi²¹⁹.

L'article 1348 du Code civil énonce qu'il est fait exception au prescrit de l'article 1341 « toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui ». Quatre hypothèses sont ensuite envisagées (art. 1348, al. 2 C. civ.). L'énumération n'est pas limitative²²⁰ et la jurisprudence a donné une extension considérable à cette exception, notamment en consacrant l'impossibilité morale. Il est possible de regrouper les hypothèses visées par l'article 1348 en deux catégories principales²²¹. D'une part, en se fondant sur l'article 1348, alinéa 2, 2° et 3°, la doctrine et la jurisprudence ont distingué, de manière générale, l'impossibilité matérielle, morale et résultant des usages²²². D'autre part, la perte du titre est également visée : un écrit a été rédigé mais « par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure » (art. 1348, al. 2, 4°), il a disparu. Si ces hypothèses sont rencontrées, les témoignages et les présomptions deviennent recevables.

219. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 173, n° 360 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 127, n° 61 ; Cass., 6 novembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 298 ; Mons, 18 décembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 370. En matière d'assurances, voy. J. P. Beringen, 10 février 1961, *Bull. ass.*, 1963, p. 254.

220. Ph. MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *J.C.P.*, 1972, I (n° 2468), n° 7 ; J.-F. LELCLERCQ, « Essai de solution d'une adaptation du régime des preuves en droit privé », *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles, éd. de l'U.L.B., 1983, p. 350 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 176, n° 364 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 132, n° 70 ; D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », P. WÉRY (sous la dir. de), *Le droit des obligations conventionnelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Charte, 2004, p. 156, n° 54 ; Cass., 2 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 833.

221. Il faut également mentionner l'hypothèse visée à l'art. 1348, al. 2, 1° (obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits). En réalité, on est en présence de faits juridiques, qui échappent à l'application de l'article 1341 du Code civil. Il ne s'agit donc pas vraiment d'une exception à la règle mais d'une exclusion de son champ d'application (N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 175, n° 363).

222. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 927 et s., n° 901 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 176 et s., n° 364 et s. ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 132 et s., n° 69 et s. ; P. WÉRY, « L'impossibilité morale de la preuve écrite, spécialement dans les relations entre concubins », note sous Liège, 10 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1994, pp. 895-896 ; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, *op. cit.*, p. 24, n° 270 ; Liège, 25 février 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 202, note C. GOUX.

Restent l'aveu et le serment. Ces deux modes de preuve sont recevables en toute hypothèse²²³. La force probante de l'aveu est particulièrement élevée, en quelque sorte absolue²²⁴. En vertu de l'article 1356 du Code civil, l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait, est indivisible et irrévocable. L'aveu extrajudiciaire a les mêmes effets, si ce n'est que le juge « doit vérifier si la déclaration n'a pas été obtenue par surprise, si elle a été volontaire, si son contenu est suffisamment explicite, en d'autres termes si la reconnaissance revêt tous les caractères d'un aveu »²²⁵. La force probante du serment est également très élevée : le juge doit en effet statuer dans le sens de celui-ci²²⁶.

40 Confusion entre les formalismes solennel et probatoire. Au XIX^e siècle, lorsqu'il traite des contrats solennels et les distingue des contrats non solennels, A. Duranton précise que « les formalités, dans ce cas, ne sont pas seulement exigées pour la preuve, elles le sont aussi *ad solemnitatem*, ou, si l'on veut, la loi ne reconnaît la preuve du contrat que dans l'emploi de ces mêmes formalités, qui, d'après cela, sont essentielles, et ne peuvent être suppléées par aucune autre espèce de preuve, pas même par l'aveu de la partie adverse, ni par le refus de prêter le serment qui lui serait déféré par l'autre.

223. Pour l'aveu, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 1079-1080, n° 1015 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 329, n° 741 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 336, n° 278. Pour le serment, voy. l'art. 1358 C. civ. (« ...quelque espèce de contestation que ce soit ») ou l'art. 1360 C. civ. (« ... en tout état de cause... »). Sur ce point, N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 340, n° 772 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 350, n° 301.

224. Sur la force probante de l'aveu, H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 1084-1085, n° 1016 ; P. VAN OMMESSLAGHE, « Évolution récente de la jurisprudence et de la doctrine en matière d'aveu », *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., p. 18 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 340, n° 772 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 340, n° 288.

225. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 337, n° 767 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 1087, n° 1024 ; P. VAN OMMESSLAGHE, « Évolution récente de la jurisprudence et de la doctrine en matière d'aveu », *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., p. 15 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 340, n° 288 ; Cass., 18 avril 1985, *J.T.*, 1985, p. 421 (« la cour d'appel a pu légalement décider que les 'aveux' obtenus au moyen d'éléments de preuve illicitement recueillis ne pouvaient être retenus contre les défendeurs »).

226. Voy. l'art. 1363 C. civ. : « lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté ». Sur ce point, H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 1135, n° 1060 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 384-385, n° 897 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 352, n° 303.

C'est à ces cas que s'applique l'adage *frustra probatur quod probatum non relevat*²²⁷. D'autres auteurs raisonnent de la même manière²²⁸.

Si l'on part du principe que les formalismes probatoire et solennel sont clairement distingués, l'affirmation est superflue : comment en effet imaginer que des formalités, ressortissant à des catégories différentes et donc soumises à des régimes distincts (spécialement sur le plan de la sanction), pourraient être suppléées par des moyens de défense identiques ? Telle que conçue, la typologie classique invite toutefois à remettre en cause le postulat de départ. On constate en effet que le formalisme solennel intègre le formalisme probatoire sur le plan du mode d'extériorisation de la volonté et sur celui de la sanction. On a vu, en effet, que si un acte notarié est exigé à peine de validité de l'acte juridique, le non-respect de la règle de forme entraîne la nullité du *negotium* et de l'*instrumentum* (*supra*, n° 34). Compte tenu de cette réalité, A. Duranton croit donc nécessaire d'indiquer que l'aveu ou le serment — spécifiques au formalisme probatoire — ne peuvent être invoqués pour suppléer à la méconnaissance des formes solennelles. On peut donc comprendre cette intervention, même si elle est source de confusion. Du reste, comme le souligne J. Flour en traitant de l'opposition toute théorique entre les formes requises *ad validitatem* ou *ad probationem*, « c'est relever une différence bien menue et bien théorique que de mettre l'accent sur la possibilité, à défaut d'écrit, de faire la preuve par l'aveu et par le serment,

227. A. DURANTON, *op. cit.*, t. 6, p. 25, n° 88.

228. C. Demolombe indique en effet que, dans les contrats solennels, l'écrit est requis « non pas seulement pour la preuve, *ad probationem*, mais encore *ad solemnitatem*, pour la formation même du contrat » (C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 12, p. 13, n° 33) ; il ajoute en outre qu'« aucune preuve ne serait admissible de l'existence d'un contrat solennel qui manquerait de la solennité qui était nécessaire à sa substance ; *frustra probatur quod probatum non relevat* ; et l'aveu même de la partie ne pourrait y suppléer » (*ibid.*). Voy. aussi F. LAURENT, *op. cit.*, t. XV, p. 503, n° 446 (« si, au contraire, l'acte de donation était nul en la forme, la donation serait inexistante, quand bien même elle serait avouée et exécutée par les parties »). Plus récemment, voy. aussi D. MUGENOT, *op. cit.*, p. 109, n° 37 ou J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 178, n° 90 (traitant des contrats solennels, il indique qu'« il n'y a pas solennité par cela seul que la loi exige une rédaction écrite de certains contrats, si elle ne l'exige pas à peine de nullité. On considère, en pareille hypothèse [...] que l'écrit est requis pour faire preuve (*ad probationem*), non pour constituer la forme du contrat (*ad solemnitatem*). L'intérêt de la distinction est que l'absence de l'écriture-solennité est irrémédiable, le contrat étant alors nul, tandis que l'écriture preuve peut être suppléée par d'autres moyens, tels qu'aveu ou serment »).

c'est-à-dire des procédés qui mettent chacune des parties à la discrétion de l'autre et de sa loyauté »²²⁹.

Les auteurs cités au paragraphe précédent considèrent donc, à juste titre, que l'aveu ou le serment ne peuvent être invoqués utilement en cas de non-respect d'une forme solennelle. Le formalisme probatoire tolère cependant d'autres moyens de défense, notamment l'impossibilité de produire un écrit. Parmi les hypothèses visées à l'article 1348 du Code civil figure la perte du titre (*supra*, n° 39). Il est intéressant de noter que le champ d'application de cette exception ne se limite pas aux règles de forme requises à titre probatoire, telles que visées à l'article 1341 : l'exception peut également être invoquée en cas de perte d'un écrit exigé *ad solemnitatem*²³⁰. Pour l'article 1347 du Code civil ou les autres hypothèses de l'article 1348, cette extension n'est pas admise. Il faudra toutefois apporter la preuve que l'acte a été établi, dans le respect des conditions de forme, et qu'il a été perdu à la suite d'un cas de force majeure. Certains titres (billets de banque, titres au porteur) échappent néanmoins à cette extension de l'exception, compte tenu de leurs caractéristiques propres²³¹.

Les auteurs cherchent à éviter toute confusion en écartant expressément le serment ou l'aveu pour suppléer aux formalités solennelles mais ils omettent de mentionner cette hypothèse. Sur le plan des principes, il est cohérent de penser qu'en cas de perte de l'acte solennel par force majeure, l'acte juridique échappe à la nullité. Mais pour le justifier, il aurait été préférable de se fonder sur les principes généraux régissant la théorie des nullités (objectifs poursuivis et milieu), plutôt que sur l'article 1348 du Code civil, intrinsèquement lié au formalisme probatoire. On aurait ainsi évité d'introduire une confusion entre ces deux catégories de la typologie classique.

229. J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *op. cit.*, p. 98, n° 6.

230. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 941, n° 912 ; Ph. MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *op. cit.*, n° 30 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 187, n° 378. En jurisprudence, à propos de la perte d'un testament par force majeure, voy. Bruxelles, 14 février 1968, *Pas.*, 1968, II, p. 148. On notera ég. que, pour les actes authentiques, un régime spécifique est prévu en cas de perte du titre (art. 1335-1336 C. civ.).

231. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 941-943, nos 913-917 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 187, n° 379.

41 **Formalisme de publicité.** D'après l'article 85 de la loi hypothécaire, « l'omission de l'une ou de plusieurs des formalités prescrites par les deux articles précédents n'entraînera la nullité de l'inscription ou de la mention que lorsqu'il en résultera un préjudice au détriment des tiers »²³². Cette disposition consacre la règle selon laquelle il n'y a pas de nullité sans grief²³³. Les tribunaux jouent donc un rôle important dans l'appréciation de la nullité, sous le contrôle de la Cour de cassation. Compte tenu des objectifs poursuivis par la mesure de publicité, ils doivent en effet déterminer si le non-respect des formalités prescrites par les articles 83 et 84 a causé un préjudice aux tiers. Si tel n'est pas le cas, la nullité ne sera pas prononcée²³⁴.

F. Confusion possible entre les composantes de la typologie sanctionnées de nullité

42 **Raisonnement à poursuivre.** En disséquant la nullité qui sanctionne le non-respect des formalismes solennel, probatoire et de publicité, il est apparu qu'à divers égards, le critère de la sanction ne permettait pas de distinguer ces diverses composantes. Les causes de la nullité sont similaires. En recherchant si la nullité est relative ou absolue, pour connaître les sujets actifs de la nullité, les enseignements ne sont guère plus convaincants. Dans la plupart des catégories, la nullité est tantôt déclarée absolue, tantôt relative, ce qui empêche d'en tirer des conclusions déterminantes sur le plan de la qualification dans la typologie. L'objet de la sanction est plus intéressant : selon le cas, la nullité porte sur l'acte juridique (formalisme solennel), l'*instrumentum* (formalisme probatoire) ou l'inscription (formalisme de publi-

cité). Les catégories se démarquent donc clairement. Pourtant, dans la mesure où, sur le plan de la sanction, le formalisme solennel intègre le formalisme probatoire, les composantes tendent à se recouvrir, ce qui obscurcit le tableau. Les effets sont similaires, pour l'essentiel (nullité *ex tunc*). Pour le formalisme probatoire, cependant, la conversion conviendrait mieux. Raisonner de la sorte aiderait à distinguer les composantes. Quant aux moyens de défense, ils sont différents d'une catégorie à l'autre. Pourtant, des points communs apparaissent, spécialement entre les formalismes probatoire et solennel (hypothèse de la perte de l'écrit visée à l'art. 1348 C. civ.).

La compréhension correcte de la sanction requiert cependant d'approfondir la réflexion. Lorsque l'*instrumentum* ou l'inscription sont sanctionnés de nullité, il faut en effet se pencher sur les conséquences qui en résultent au plan de la publicité ou de la preuve. Concrètement, il y aura inopposabilité aux tiers ou difficulté — voire impossibilité — de prouver. Ces notions doivent nécessairement être précisées pour apprécier dans quelle mesure elles se distinguent de la nullité du formalisme solennel.

232. Nous soulignons.

233. À cet égard, voy. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. VII¹, pp. 694-696, n° 770.

234. Pour déterminer si la nullité doit frapper l'inscription irrégulière, H. De Page et R. Dekkers distinguent ainsi l'absence des mentions essentielles prévues à l'article 83 et leur inexactitude : « l'absence des mentions essentielles crée, par leur omission même, le préjudice, car celui-ci consiste dans l'ignorance des éléments essentiels de l'hypothèque, que les tiers doivent pouvoir connaître. Leur inexactitude peut, le cas échéant, être suppléée par des équipollents dans l'inscription, ou, de toute manière, le juge devra rechercher si l'inexactitude a pu causer préjudice aux tiers, c'est-à-dire les a véritablement induits en erreur sur les éléments essentiels de l'hypothèque qu'ils étaient en droit de connaître » (H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. VII¹, p. 696, n° 770).

SECTION 3

La nullité face aux autres sanctions du formalisme contractuel

Sanction du formalisme solennel. En cas de non-respect des formes solennelles, la sanction consiste en la nullité de l'acte juridique, laquelle opère en principe *ex tunc*. Selon qu'elle est relative ou absolue, les personnes susceptibles d'exercer le droit de critique seront plus ou moins nombreuses. Pour caractériser la sanction du formalisme solennel, la nullité de l'acte juridique est appropriée ; il n'est guère utile de chercher à y voir une conversion ou d'aller au-delà de la notion, comme pour les formalismes probatoire ou de publicité.

Nous verrons dans quelle mesure la nullité du formalisme solennel diffère de la difficulté ou de l'impossibilité de prouver (formalisme probatoire), de l'opposabilité aux tiers (formalisme de publicité) ou de la conversion.

A. Difficulté ou impossibilité de prouver

Sanction du formalisme probatoire. Pour sanctionner le non-respect des formes probatoires, il est aussi question de nullité. À la différence du formalisme solennel, dans ce cas-ci, la sanction porte sur l'*instrumentum*. On pourrait d'ailleurs estimer que la nullité n'est pas la sanction adéquate : dès lors que l'*instrumentum* produit toujours certains effets, qui peuvent être exploités utilement en matière probatoire, on pourrait parler de conversion (*infra*, nos 49 et s.).

En réalité, la sanction a pour effet de rendre plus difficile, voire impossible, la preuve des obligations. Pour comprendre la sanction du formalisme probatoire, il faut donc réfléchir au-delà de la nullité — ou de la conversion — pour raisonner en termes de recevabilité, force probante ou valeur probante.

Dans les hypothèses visées par l'article 1341 du Code civil, outre l'aveu et le serment, seul l'écrit régulier (respectant les prescriptions formel-

les qui lui sont imposées) est recevable. Les présomptions et les témoignages sont irrecevables. Lorsqu'il est question de recevabilité, on vise généralement « l'admissibilité d'un mode de preuve en justice »²³⁵. Il s'agit du premier contrôle auquel est soumise la preuve : le juge doit en effet déterminer s'il reçoit la preuve qui lui est présentée²³⁶.

Parmi les preuves littérales, on distingue les actes sous seing privé et les actes authentiques — généralement notariés. S'ils sont tous deux recevables dans les mêmes hypothèses, il faut souligner qu'ils n'ont pas la même force probante. La force probante d'un acte est comprise comme « le degré, l'intensité quant à la preuve que la loi lui reconnaît et qui s'impose au juge : acte faisant preuve jusqu'à inscription de faux, jusqu'à preuve du contraire, quelle preuve contraire, commencement de preuve... »²³⁷. *A priori*, pour disposer du moyen de preuve le plus efficace possible, les parties ont tout intérêt à formaliser leur accord dans un acte authentique²³⁸. Lorsque les prescriptions auxquelles ils sont soumis sont respectées, ils bénéficient « de la plus grande force probante qui soit établie par le législateur en matière civile »²³⁹. Formellement, l'acte notarié dispose d'une force probante supérieure à l'acte sous seing privé à deux niveaux. L'acte authentique fait foi quant à son origine alors que l'acte sous seing privé doit être préalablement reconnu²⁴⁰. De même, les éléments constatés personnellement par l'officier public disposent d'une force probante supérieure dans la mesure où ils ne

235. D. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 74-75, n° 14-2.

236. Pour une critique de cette notion de recevabilité, M.-E. STORME, « De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht — Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen », *R.W.*, 2000-2001, p. 1507, n° 9.

237. F. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, p. 486, n° 35. D. Mougenot précise le sens de la notion en indiquant que « la force probante est l'intensité avec laquelle un mode de preuve lie le juge et les parties » (D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 75, n° 14-2). Cet auteur se fonde notamment sur la définition donnée par N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 195, nos 397 et s. Voy. aussi H. De Page, qui estime que « la force probante d'un acte, c'est la foi due à cet acte en tant qu'il est retenu comme preuve par la loi. C'est parce qu'il est reconnu comme tel que foi lui est due » (H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 749, n° 757).

238. Sur l'utilité de l'acte authentique, voy H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 763, n° 748.

239. J. DEMBLON, « L'acte notarié », *op. cit.*, p. 466, n° 788.

240. On notera néanmoins que les vérifications d'écriture ou de signature sont rarement demandées et que la reconnaissance intervient d'ordinaire tacitement. Il n'empêche, il s'agit d'un élément qui réduit potentiellement l'efficacité de l'acte sous seing privé.

peuvent être contestés qu'au moyen de la procédure d'inscription de faux²⁴¹. Pour l'acte sous seing privé, un écrit suffit (2^e règle de l'article 1341 du Code civil). Pour le reste, et spécialement le contenu de la convention, le régime est le même et l'acte authentique, comme l'acte sous seing privé, jouissent d'une force probante similaire²⁴². Ces éléments permettent de comprendre en quoi consiste précisément la sanction lorsque, conformément à l'article 114 de la loi de ventôse, l'acte notarié signé par les parties est converti en acte sous seing privé (*infra*, n° 50).

L'écrit irrégulier peut constituer un commencement de preuve par écrit ; les exceptions de l'article 1348 du Code civil peuvent également être invoquées. Dans ces hypothèses, les présomptions et les témoignages sont recevables. Mais ils n'ont pas de force probante²⁴³. Le juge doit donc apprécier leur *valeur probante*. La valeur probante d'un acte est « son aptitude à emporter la conviction du juge »²⁴⁴. C'est « la crédibilité, la confiance, le crédit, le sérieux que le juge peut lui accorder en conscience »²⁴⁵. S'agissant des témoignages, le juge possède un pouvoir souverain d'appréciation²⁴⁶ : il peut en effet « apprécier la valeur des témoignages, quel que soit leur nombre, la qualité des témoins entendus et il peut donc se déclarer convaincu par la déposition d'un seul témoin même si elle est contredite par plusieurs autres »²⁴⁷. L'adage *testis unus, testis nullus* n'est plus d'application²⁴⁸. Les témoignages peuvent donc être contestés par les autres parties, qui peuvent

241. H. DE PAGE parle dans ce cas de la réalité de la convention reprise dans l'acte (H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 761-762, n° 747).

242. H. DE PAGE parle dans ce cas de la sincérité de la convention reprise dans l'acte (H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 762-763, n° 747).

243. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 957, n° 929 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 414, n° 971 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 285, n° 239.

244. D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 75, n° 14-2.

245. F. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, pp. 486-487, n° 35.

246. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 881, n° 854 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 402, n° 946 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 280-281, n° 225 ; Cass., 1^{er} février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 643 ; Cass., 9 janvier 1996, *J.T.*, 1996, p. 528 ; Liège, 12 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 391.

247. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 402, n° 946.

248. Voy. par ex. Liège, 12 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 391 (somm.) : « n'étant pas lié par le nombre de témoins déposant dans tel sens par rapport au nombre de ceux déposant en sens contraire, le juge peut former sa conviction sur la déposition d'un seul témoin ».

apporter d'autres moyens de preuve et le juge est libre de choisir le mode de preuve qui lui semble le plus convaincant. Quant aux présomptions, elles sont, aux termes de l'article 1353 du Code civil, « abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes ». Le juge dispose là aussi d'un pouvoir souverain d'appréciation²⁴⁹.

45 **Sanctions théoriquement différentes mais pratiquement comparables.** En se limitant à la nullité, on a constaté des différences entre la sanction du formalisme probatoire ou solennel, même si, à divers égards, les confusions n'étaient pas exclues. En poussant plus loin la réflexion, il apparaît clairement que, d'un point de vue théorique, le non-respect des règles de preuve se traduit par une impossibilité de prouver, qui résulte de considérations traduites en termes d'irrecevabilité, de force probante ou de valeur probante. La méconnaissance des formes solennelles, par contre, donne ouverture à un droit de critique qui, s'il aboutit, empêche l'acte juridique de produire des effets pour l'avenir et réduit les effets passés à néant (nullité *extunc*). Dans les deux cas, la sanction porte directement sur l'acte juridique (impossible à prouver ou frappé de nullité) mais les effets diffèrent théoriquement.

On peut toutefois se demander si, en pratique, l'impossibilité de prouver n'emporte pas des conséquences similaires à la nullité de l'acte juridique. Les auteurs ne manquent pas de souligner qu'en cas d'inobservation des formes probatoires, il sera extrêmement difficile, voire impossible, de faire valoir ses droits²⁵⁰. L'adage *Idem est non esse aut non probari* illustre cette

249. Cass., 5 février 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 641.

250. Pour F. Gény, « l'existence juridique d'un fait dépend tellement de sa preuve, que celle-ci en reste la première condition d'efficacité. Nous savons, d'ailleurs, que les formes solennelles elles-mêmes ne demeurent pas étrangères, par leur but, à la preuve des actes qui les requièrent » (F. Gény, *op. cit.*, p. 110, n° 205). H. de Page note aussi que « la preuve est, dans son principe, de nécessité absolue en droit. Ce qui n'est pas prouvé n'est pas affecté, pour cela, dans son existence, sans doute, mais est pratiquement privé de toute utilité, est frappé de stérilité » (H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 695, n° 707). J. Dabin estime quant à lui que « si le 'bon droit' — qui est la prétention conforme au droit — peut bien exister théoriquement, et par conséquent s'imposer au regard de la conscience, en dehors de toute espèce de preuve, l'on comprend qu'il ne puisse bénéficier d'aucune reconnaissance extérieure, sociale ou juridique, ni a fortiori d'aucune sanction tant qu'il n'est pas appuyé d'éléments de conviction qui le rendent certain ou tout au moins

situation. En pratique, le défaut de preuve aura parfois les mêmes conséquences que la méconnaissance des formes solennelles. Comme le note J. Flour, « l'opposition connue entre la règle de forme et la règle de preuve, entre l'écrit requis *ad validitatem* et celui qui est exigé *ad probationem*, est, dans une large mesure, artificielle »²⁵¹.

Psychologiquement aussi, les différences entre les deux types de forme sont bien minces. Il est en effet évident que « tant que l'écrit n'a pas été passé, les parties ne se considèrent pas comme liées, parce que chacune d'elle sait bien qu'elle ne pourrait faire la preuve de l'accord. Ainsi, s'il est vrai que théoriquement le concours des deux volontés suffit, pratiquement, c'est la constatation de ce concours par un acte écrit qui forme le contrat »²⁵².

probable » (J. DABIN, « La technique de la preuve juridique, spécialement en droit civil », *B.J.*, 1932, col. 353). R. Legeais dispose que « la preuve est si essentielle à la mise en œuvre du droit que l'exigence de formalités importantes porterait une atteinte grave au consensualisme. Un problème de conciliation se pose donc » (R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955, p. 49). A. Colin et H. Capitant relèvent que « sans doute, au point de vue théorique, il y a une différence essentielle entre la *forme* et la *preuve*. La *forme* est un élément constitutif de la convention, en l'absence de laquelle celle-ci ne naît pas à la vie juridique. La *preuve*, au contraire, n'a rien à voir avec la formation du lien juridique. Mais, en pratique, cette différence disparaît presque totalement. Car l'absence de l'une comme de l'autre prive le lien juridique de toute efficacité » (A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, t. 2, p. 350, n° 620). Voy. aussi P. CATALA, « Le formalisme et les nouvelles technologies », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 899, n° 4 ; Ph. MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *op. cit.*, n° 3 ; M. VAN QUICKENBORNE, « Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé », note sous Cass., 28 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1985, p. 70, n° 5 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 108, n° 37 ; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, *op. cit.*, p. 20, n° 160.

253. J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *op. cit.*, p. 98, n° 6. Appuyant cette affirmation et donnant des manifestations dans des évolutions récentes du droit positif, voy. G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 889-890.

254. G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, p. 20, n° 44. Voy. aussi S. MICHAUX, « La formation du contrat : pour un rapprochement entre psychologie et droit », M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 824, n° 62-63 : « les contractants se sentent sans aucun doute liés à partir du moment où ils ont signé un écrit. Dans le langage commun, d'ailleurs, 'signer un contrat' équivaut à 'conclure un contrat'. [...] Il semble bien, en conséquence, que le respect d'un certain formalisme coïncide bien davantage avec la psychologie des contractants ».

D'un point de vue sociologique, « la distinction classique parmi les juristes des formes établies *ad probationem* et *ad sollemnitatem* n'a pas une valeur fondamentale. Importante du point de vue pratique, elle n'a guère de base dogmatique, puisque la preuve et la solennité ne sont que les aspects différents d'un seul et même besoin du corps social »²⁵³.

B. Inopposabilité aux tiers

46 **Sanction du formalisme de publicité.** Conformément à l'article 85 de la loi hypothécaire, lorsque les formalités de l'inscription n'ont pas été accomplies, celle-ci est nulle. À l'instar du formalisme probatoire, cette sanction de nullité est intermédiaire. Pour savoir effectivement à quoi elle correspond, il faut pousser le raisonnement plus loin. En réalité, la sanction réside dans l'inopposabilité de l'acte juridique aux tiers. Pour distinguer celle-ci de la nullité du formalisme solennel, il faut se pencher sur l'objet et les effets de la sanction.

Entre parties, le non-respect des règles de publicité prescrites par les articles 83 et 84 de la loi hypothécaire n'a pas d'incidence sur le contrat : celui-ci demeure parfaitement valable et sort tous ses effets²⁵⁴. Sur le plan des principes, il convient en effet de distinguer le *negotium* et le formalisme de publicité auquel il est soumis, en l'occurrence l'inscription : si cette dernière est frappée de nullité, le contrat demeure parfaitement valable et une nouvelle inscription, dont les effets ne sortiront qu'à partir de ce moment,

253. H. LÉVY-BRUHL, *Aspects sociologiques du droit*, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1955, p. 93.

254. Comme le notent H. De Page et R. Dekkers, « la publicité en matière hypothécaire, pas plus qu'en toute autre matière, n'est établie comme condition d'existence ou de validité de l'acte, intrinsèquement parlant. Elle ne fait que se superposer à elle, en ce qui concerne les tiers. Entre parties, l'hypothèque vaut par elle-même, parce qu'elle est issue d'un contrat, et que l'existence même de ce contrat suffit à en justifier tous les effets entre les personnes qui l'ont conclu » (H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, t. VII, p. 476, n° 539 et p. 479, n° 541 ; Cass., 9 novembre 1877, *Pas.*, 1877, I, p. 414 ; Civ. Arlon, 1^{er} février 1911, *Pas.*, 1911, III, p. 290). Voy. aussi, à propos de l'inopposabilité en général, M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *op. cit.*, p. 621, n° 45. On notera cependant que s'il n'existe pas de titre valable, l'hypothèque est nulle *erga omnes*, ce qui rend inutile l'application de l'art. 85 L. hyp. (voy. *supra*, note 117).

peut être prise²⁵⁵. L'analyse du régime de la transcription conduit aux mêmes conclusions. Formellement, entre parties, cette formalité ou son absence est sans incidence²⁵⁶. En principe, elle est indépendante du transfert de propriété, qui s'opère *solo consensu*. La cour d'appel de Liège a ainsi rappelé, dans un arrêt du 1^{er} mars 1994, que « la transcription n'est pas une condition de validité du transfert de propriété d'un immeuble, mais seulement une condition d'opposabilité »²⁵⁷. Il faut toutefois noter que le droit de propriété de l'acquéreur subit une triple restriction à l'égard des tiers protégés par la loi hypothécaire et qui auraient déjà transcrit. À leur égard, il ne peut invoquer son droit ; les droits réels qu'il aurait constitués sur l'immeuble ne leur sont pas opposables ; enfin, le vendeur demeure propriétaire à l'égard des tiers, notamment à l'égard des autres créanciers de l'acheteur²⁵⁸. Quant à l'aliénateur, il demeure propriétaire à l'égard des tiers de bonne foi ; mais il s'agit en réalité d'une propriété apparente²⁵⁹.

Comme pour le formalisme solennel, l'inopposabilité porte directement sur l'acte juridique, et pas seulement le document ou la formalité accomplie. Mais contrairement à la nullité, qui valait *erga omnes*, l'inopposabilité ne concerne que les tiers²⁶⁰.

Valeur d'un acte inopposable aux tiers. L'acte (*negotium*) est inopposable aux tiers mais entre parties, il demeure parfaitement valable. J. Flour se demande à ce propos si la distinction entre les règles de validité et d'opposabilité n'est pas artificielle. Il estime en effet que « la doctrine dominante tombe dans la même abstraction, sinon le même verbalisme, qu'à propos des règles de preuve. Pour exprimer la vérité des faits, il faudrait imaginer, ici comme là, un adage concis : pour un contrat constitutif ou translatif de droit réel, il revient au même de ne pas exister ou d'être inopposable. Car, enfin,

255. F. T'KINT, *Sûretés*, op. cit., p. 312, n° 620.

256. H. DE PAGE et R. DEKKERS, op. cit., t. VII², p. 942, n° 1058.

257. Liège, 1^{er} mars 1994, J.L.M.B., 1994, p. 692.

258. H. DE PAGE et R. DEKKERS, op. cit., t. VII², p. 943, n° 1059.

259. H. DE PAGE et R. DEKKERS, op. cit., t. VII², p. 944, n° 1060.

260. H. DE PAGE note que « l'absence de transcription a pour seule conséquence de munir les tiers, auxquels l'existence de l'acte serait opposée, d'une exception, que l'on pourrait qualifier 'exception de non transcription' » (H. DE PAGE et R. DEKKERS, op. cit., t. VII², pp. 941-942, n° 1057 ; Bruxelles, 2 mars 1928, *Rev. prat. not.*, 1928, p. 229). Voy. aussi I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », op. cit., p. 285, n° 24.

qu'est-ce — sinon une contradiction dans les termes — qu'un propriétaire qui ne peut faire valoir son droit *erga omnes* ? Il n'est pas bon que les formules techniques s'écarternt, à ce point, des réalités qu'elles n'ont, en définitive, pour but que de traduire. Sans doute ne faut-il pas confondre publicité et solennité proprement dite, pas plus qu'à celle-ci, il ne faut identifier pleinement une simple exigence de preuve. Mais dans les deux cas, la différence n'est que de degré, pas de nature »²⁶¹.

C. La conversion comme sanction

Conversion. Sous réserve des formalismes fiscal et administratif, l'analyse de la typologie classique du formalisme contractuel montre que les sanctions frappant l'inobservation des exigences de forme consistent généralement en la nullité, la difficulté, voire l'impossibilité, de prouver ou l'inopposabilité aux tiers. En raisonnant de la sorte, on omet de prendre en considération la conversion²⁶². Pourtant, celle-ci est présente dans certaines catégories classiques — le formalisme probatoire, notamment — et le législateur n'hésite pas à y recourir dans les législations récentes révélatrices d'un phénomène de renaissance du formalisme. On le comprend sans peine : les effets de la nullité ne sont pas forcément à l'avantage de la partie faible et il est souvent préférable de maintenir le contrat en réduisant les obligations jugées déséquilibrées.

Dans un premier temps, nous expliquerons les raisons pour lesquelles nous jugeons que la sanction du formalisme probatoire devrait être comprise

261. J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », op. cit., pp. 102-103, n° 10. Voy. aussi M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », op. cit., p. 621, n° 45, qui note le rapprochement sensible entre la nullité et l'inopposabilité sur le plan des effets.

262. À propos de la conversion, voy. J. RONSE, « Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen », *T.P.R.*, 1965, pp. 199-224 ; S. STIJNS, « Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming », op. cit., p. 251-254 ; I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », op. cit., pp. 326-327, n° 82). On parle aussi de requalification (G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 891-892). Pour un autre exemple de conversion, en matière d'assurance, voy. le régime prévu par l'art. 19bis de la loi de contrôle (sur ce point, voy. H. JACQUEMIN, « Le formalisme du contrat d'assurance : sanctions et adaptation aux technologies de l'information », op. cit., n° 39).

comme une conversion (1). Ensuite, nous examinerons dans quelle mesure elle est imposée dans les législations récentes (2).

1. Formalisme probatoire

49 Sanction intermédiaire. Lorsque le formalisme probatoire est méconnu, la sanction consiste en la difficulté ou l'impossibilité de prouver, qui résulte de l'irrecevabilité de certains moyens de preuve ou d'une diminution de leur force probante (*supra*, n° 44). Avant d'en arriver là, une sanction intermédiaire, portant sur l'*instrumentum*, peut être prononcée. La nullité n'est pas adéquate dans la mesure où des effets perdurent. Il nous semble donc plus approprié de parler de conversion de l'*instrumentum*. Le mécanisme peut être appliqué au régime des actes notariés ou sous seing privé.

50 Actes notariés. Conformément à l'article 114 de la loi de ventôse, « tout acte établi contrairement aux dispositions des articles 6, 3° et 4°, 8, 9, § 2, alinéa 1^{er}, 10, 12, alinéa 2, 14, 20 et 51, § 7, est nul s'il n'a pas été signé par toutes les parties. Lorsque l'acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous seing privé sans préjudice des dommages-intérêts qui devront être payés dans les deux cas, s'il y a lieu, par le notaire qui n'a pas respecté les dispositions précitées »²⁶³.

L'acte notarié irrégulier est nul en tant qu'acte authentique mais il peut valoir comme acte sous seing privé s'il est signé par les parties²⁶⁴. En raisonnant de la sorte, on considère donc que l'acte notarié irrégulier est converti en acte sous seing privé. Il faut toutefois reconnaître qu'il s'agit d'un acte sous seing privé d'un genre particulier. Les formalités des articles 1325 et 1326 du Code civil ne doivent pas être respectées²⁶⁵. H. De Page en déduit qu'il ne s'agit pas vraiment d'un acte sous seing privé mais plutôt un acte *sui generis*, à mi-chemin entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé²⁶⁶. Selon nous, il s'agit bel et bien d'un acte sous seing privé mais dans la mesure où les articles 1325 et 1326 ne doivent pas être respectés

263. Voy. aussi l'art. 1318 C. civ.

264. Civ. Liège, 12 juillet 1950, *J.L.*, 1950-1951, p. 27.

265. M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, p. 146, n° 192 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 230, n° 486.

266. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 791, n° 770.

pour les actes authentiques, on peut difficilement exiger que les formalités qu'ils prescrivent soient respectées dans l'hypothèse qui nous occupe. Logiquement, l'inobservation de celles-ci n'est donc pas sanctionnée. Il s'agit d'une analyse fonctionnelle²⁶⁷ des sanctions car les circonstances qui justifient l'application des articles 1325 et 1326 n'existent pas pour les actes authentiques.

En matière probatoire, la conversion a des conséquences sur le plan de la recevabilité et de la force probante. Conformément aux articles 1318 du Code civil et 114 de la loi de ventôse, l'inobservation des conditions de validité propres aux actes authentiques n'affecte donc pas la recevabilité de l'*instrumentum* mais uniquement sa force probante. S'il est signé, l'*instrumentum* vaut en effet comme acte sous seing privé²⁶⁸. Les deux grandes catégories de preuves littérales sont recevables dans les mêmes hypothèses et il est donc logique de ne pas exercer de sanction à ce niveau. L'unique sanction réside donc dans une légère diminution de la force probante de l'acte (sur les différences entre l'acte authentique et sous seing privé en termes de force probante, voy. *supra*, n° 44).

En établissant cette sanction, le législateur a réalisé une analyse fonctionnelle des formalités de l'acte authentique, pour lui appliquer la sanction la plus adéquate. Dès lors que les formalités imposées étaient prescrites pour rendre l'acte authentique, il semble logique que la sanction consiste à ôter ce caractère²⁶⁹. Écarter purement et simplement l'*instrumentum* pour ce motif aurait constitué une sanction bien trop radicale et disproportionnée. Il faut

267. Le raisonnement consiste à identifier les fonctions poursuivies par la règle de forme pour limiter l'application de la sanction à l'hypothèse où elles n'auraient pas été atteintes. Un mécanisme semblable est également utilisé pour lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique (voy. l'article 16 de la L.S.S.I.) : par application de la théorie des équivalents fonctionnels, on recherche, dans un premier temps, les qualités fonctionnelles de la formalité — la signature ou l'écrit, par exemple — pour ensuite vérifier si le procédé proposé pour accomplir celle-ci dans un environnement numérique permet de préserver ces qualités.

268. Il s'agit d'un écrit signé et la condition de validité des actes sous seing privé est donc respectée. La condition de la signature est logique : celle-ci constitue en effet un élément fondamental de tout acte sous seing privé, sans lequel on pouvait difficilement accorder une force probante élevée à l'acte.

269. M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, pp. 135-136, n° 178 ; J. DEMBLON, « L'acte notarié », *op. cit.*, p. 466, n° 787.

en effet éviter que « les parties soient victimes de certains vices qui pourraient atteindre l'acte authentique (soumis à des conditions de forme rigoureuses), et en énerver la valeur, lorsqu'elles ont légitimement pu croire que l'acte était authentique »²⁷⁰. À partir du moment où il est signé, il est plus logique de le considérer comme un acte sous seing privé. Même en l'absence de solennités, si l'écrit comporte la signature des parties, les fonctions de l'acte sous seing privé sont préservées.

Le raisonnement pourrait d'ailleurs être poursuivi, dans l'hypothèse où même la signature des parties ferait défaut. Au lieu de considérer que l'acte est nul, on devrait le convertir en commencement de preuve par écrit, voire en simple présomption (pour une réflexion similaire pour l'acte sous seing privé, voy. *infra*, n° 51).

51 Actes sous seing privé. Pour les actes sous seing privé, qu'il s'agisse de la signature ou des formalités des articles 1325 (« originaux multiples ») ou 1326 (« bon pour ») du Code civil, il nous semble plus adéquat de parler de conversion pour désigner la sanction de l'écrit irrégulier. Cette notion permet en effet de rendre compte de l'incidence du non-respect de la règle de forme probatoire sur le plan de la recevabilité et de la force probante. Considérer que l'écrit est nul en tant qu'acte sous seing privé mais peut valoir comme commencement de preuve par écrit²⁷¹ ou constituer, à tout le moins, une présomption, équivaut en effet à le convertir en commencement de preuve par écrit ou en présomption.

Un écrit non signé ne peut remplir les fonctions qui lui sont assignées et doit, en conséquence, être converti. Il s'agit tout au plus d'une présomption. La Cour de cassation a d'ailleurs admis que la présomption de l'homme pouvait résulter d'un écrit non signé²⁷². Comme les autres présomptions,

270. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 788, n° 767, citant Gand, 9 décembre 1882, *Pas.*, 1883, II, p. 51. En ce sens, M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, pp. 135-136, n° 178.

271. Pour justifier le commencement de preuve par écrit, H. De Page estime que « l'acte est nul comme acte, c'est-à-dire comme preuve complète. Mais on ne peut en déduire qu'il ne puisse valoir comme commencement de preuve. Le commencement de preuve ne constitue pas une preuve complète, comme on est tenté de le croire en pratique, dans notre cas. Il ne fait que donner ouverture à la preuve littérale » (H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 832, n° 805, note 1. Voy. aussi J. LIMPENS et R. KRUTHOF, *op. cit.*, p. 542, n° 146, qui considèrent que « l'acte est nul en tant que preuve littérale complète »).

272. Cass., 5 février 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 641 ; J. LIMPENS et R. KRUTHOF, *op. cit.*, p. 548, n° 154.

l'écrit non signé n'est pas recevable dans les hypothèses visées à l'article 1341 du Code civil. Par contre, lorsque la preuve est libre — comme en matière commerciale — on peut accepter qu'un écrit revêtu d'un cachet, par exemple, engage le signataire²⁷³. Une présomption est en effet admise dans ce cas mais sa force probante est relativement faible, voire nulle : la preuve contraire est plus facile et le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

Un raisonnement similaire peut être tenu pour les formalités des articles 1325 et 1326 du Code civil. N'est-il pas contradictoire d'affirmer que l'*instrumentum* est nul, pour le réhabiliter en le considérant comme un commencement de preuve par écrit ? S'il est nul, il devrait logiquement être écarté. Comme pour l'écrit non signé, nous préférons convertir l'*instrumentum* : il perd la qualification d'acte sous seing privé pour devenir une présomption. Celle-ci n'est pas recevable en toute hypothèse et possède une force probante limitée, inférieure à celle d'un écrit régulier.

En l'absence de signature ou si les articles 1325 ou 1326 du Code civil sont méconnus, l'*instrumentum* peut être considéré comme un commencement de preuve par écrit si les conditions de l'article 1347 du Code civil sont réunies²⁷⁴. Suivant notre raisonnement, il s'agit donc d'une présomption particulière puisqu'elle peut être considérée, le cas échéant, comme un commencement de preuve par écrit. Si les trois conditions de l'article 1347 du Code civil sont remplies, l'écrit irrégulier devient donc recevable (exception à l'article 1341 C. civ.). Théoriquement, l'article 1347 du Code civil constitue une exception à l'article 1341 du Code civil — relatif à la recevabilité des présomptions et des témoignages — et il n'a pas d'incidence sur la force probante du mode de preuve. Concrètement, la valeur probante de cet *instrumentum*, considéré comme un commencement de preuve par écrit, sera nettement supérieure : complété par d'autres présomptions et/ou des témoignages, l'*instrumentum* irrégulier pourra plus facilement convaincre le juge et la preuve contraire sera plus difficile à apporter qu'en cas de présomptions isolées.

273. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 243, n° 514 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 167, n° 114.

274. Pour l'art. 1326 C. civ., voy. not. Cass., 26 octobre 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 96 ; Mons, 3 décembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 240 ; Gand, 12 novembre 1999, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 475 ; Civ. Hasselt, 31 mai 2001, *R.W.*, 2003-2004, p. 544 ; Bruxelles, 23 février 2005, *J.T.*, 2005, p. 364.

Précisons enfin que, s'il existe des moyens pour contourner la sanction des actes sous seing privé irréguliers, il reste préférable de posséder un *instrumentum* conforme aux dispositions légales. Si le « bon pour » n'est pas mentionné ou si le document n'a pas été rédigé en nombre suffisant, il est fort probable qu'il existe néanmoins un écrit signé par toutes les parties. On l'a vu, il pourra constituer un commencement de preuve par écrit, rendant admissibles les témoignages et les présomptions. Mais au niveau de la force probante, l'écrit qui remplit les conditions des articles 1325 ou 1326 du Code civil est supérieur à un commencement de preuve par écrit accompagné de témoignages et de présomptions. Le juge dispose en effet d'un pouvoir d'appréciation limité et, à moins que l'écriture ou la signature ne soient contestées, on voit mal comment remettre en cause la convention. De manière générale, il reste donc préférable de se soumettre au prescrit de ces dispositions, pour écarter les incertitudes liées au pouvoir d'appréciation du juge. Celui-ci devra en effet décider s'il y a effectivement commencement de preuve par écrit et quelle valeur probante doit être accordée aux témoignages et présomptions.

2. Formes modernes

52 Conversion et formes modernes. Compte tenu des effets de la nullité, le législateur a opté, dans certains cas, pour la conversion du contrat litigieux en un autre contrat (le contrat est, en quelque sorte, requalifié et il convient de le soumettre au nouveau régime qui lui est applicable) ou son maintien, moyennant la modification de certaines obligations qui en résultent. Pour illustrer ce mécanisme, nous présenterons le régime prévu dans la loi sur le crédit à la consommation, la loi sur le crédit hypothécaire et la loi sur le contrat de travail.

Conformément à l'article 86, alinéa 1^{er}, de la loi sur le crédit à la consommation, le juge peut opter pour l'annulation du contrat ou la réduction des prestations. Généralement, il choisit cette dernière sanction²⁷⁵ dès lors que la nullité *ex tunc* n'est pas dans l'intérêt du consommateur²⁷⁶. On cons-

275. Voy. J.P. Courtrai, 18 mars 1997, *Ann. Crédit*, 1997, p. 110 ; J.P. Comines, 13 septembre 1999, *J.J.P.*, 2000, p. 121 ; J.P. Bree, 30 décembre 1999, *J.J.P.*, 2002, p. 109 ; Anvers, 18 décembre 2000, *Ann. Crédit*, 2000, p. 60 ; J.P. Comines, 13 septembre 1999, *J.J.P.*, 2000, p. 121.

276. En ce sens, J.P. Izegem, 11 décembre 2002, *J.J.P.*, 2006, p. 29, note F. EVERS.

tate d'ailleurs que les juges appliquent la sanction prévue par la loi de manière quasi-automatique, sans se soucier de l'importance du manquement ou des conséquences de celui-ci sur les intérêts du consommateur²⁷⁷. Cette situation est particulièrement manifeste pour l'inobservation des formalités prescrites par l'article 14, § 3 (insertion de certaines mentions à des endroits spécifiques et dans une forme donnée). Dans cette hypothèse, la jurisprudence fait preuve, de manière générale²⁷⁸, d'une grande sévérité²⁷⁹. Lorsque l'on constate que les juges sanctionnent parfois des mentions écrites dans les mêmes caractères que le reste du texte ou figurant à la verticale et pas à l'horizontale²⁸⁰, on peut se demander s'il ne serait pas préférable que ceux-ci procèdent à un raisonnement de type fonctionnel et s'interrogent préalablement sur les objectifs poursuivis par de telles exigences de forme²⁸¹. Dans le même sens, un auteur regrette que « le lien de causalité entre le non-respect de ces prescriptions très formalistes et le dommage subi ne puisse

277. M. VAN DEN ABBEELE, « Le formalisme afférent aux contrats de crédit à la consommation et son adaptation à l'environnement électronique », *Le crédit à la consommation*, CUP, Larcier, 2004, p. 120, n° 24 ; F. DE PATOUL, « La loi sur le crédit à la consommation et le traitement du surendettement. Tendances et perspectives dégagées par la jurisprudence », *J.J.P.*, 2002, p. 40, n° 47.

278. Voy. toutefois Civ. Gand, 12 avril 2002, *N.j.W.*, 2002, p. 284.

279. J.P. Torhout, 16 mars 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 373 ; J.P. Saint-Nicolas, 1^{er} décembre 1999, *D.C.C.R.*, 2000, p. 182, note J. VAN LYSEBETTENS ; Civ. Gand, 21 janvier 2000, *J.J.P.*, 2002, p. 93 ; J.P. Landen, 28 juin 2000, *Ann. Crédit*, 2000, p. 44, conf. par Civ. Louvain, 13 mars 2002, *Ann. Crédit*, 2002, p. 63 ; J.P. Landen, 27 septembre 2000, *Ann. Crédit*, 2000, p. 53 ; J.P. Courtrai, 28 février et 11 avril 2001, *Ann. Crédit*, 2001, p. 86, note F. DE PATOUL ; J.P. Saint-Nicolas, 28 mars 2001, *Ann. Crédit*, 2001, p. 124 ; J.P. Bruges, 19 novembre 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 924, note R. STEENNOT, conf. par Civ. Bruges, 28 mars 2003, *J.J.P.*, 2003, p. 379 ; J.P. Saint-Nicolas, 4 décembre 2001, *Ann. Crédit*, 2001, p. 161 ; J.P. Torhout, 4 décembre 2001, *Ann. Crédit*, 2001, p. 221 ; Civ. Termonde, 28 février 2002, *Ann. Crédit*, 2002, p. 55 ; J.P. Tiel, 8 mai 2002, *R.A.B.G.*, 2003/1, p. 14 ; J.P. Grâce-Hollogne, 13 août 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1235 ; J.P. Kapellen, 18 septembre 2002, *J.J.P.*, 2003, p. 216 ; J.P. Bruges, 30 septembre 2002, *Ann. Crédit*, 2002, p. 89 ; J.P. Izegem, 11 décembre 2002, *J.J.P.*, 2006, p. 29, note F. EVERS ; J.P. Izegem, 19 mai 2004, *J.J.P.*, 2006, p. 44, note F. DE PATOUL.

280. M. VAN DEN ABBEELE, *op. cit.*, p. 114, n° 15 ; R. STEENNOT, « De totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst onder de nieuwe Wet consumentenkrediet », *D.C.C.R.*, 2004, p. 15, n° 21.

281. *Contra* : J.P. Torhout, 16 mars 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 373 « aldus kan slechts worden vastgesteld dat niet werd voldaan aan de bepaling van art. 14 W.C.K. De tekst van de wet bepaalt niet : 'voldoende leesbaar' maar wel in 'in dikke lettertekens en andere lettertype'. De wet is er om nageleefd te worden ; niet een kleine beetje maar integraal » ; J.P. Saint-Nicolas, 1^{er} décembre 1999, *D.C.C.R.*, 2000, p. 182, note J. VAN LYSEBETTENS.

entrer en ligne de compte dans l'application des sanctions. Le juge ne se pose pas la question de savoir en quoi la non-utilisation de caractères différents pour une mention — comme celle qui interdit l'émission de titres cambiaires — a pu exercer une quelconque influence sur le surendettement du consommateur »²⁸².

En matière de crédit hypothécaire, « si le prêteur ne respecte pas les obligations ou interdictions contenues dans le présent titre ou dans ses arrêtés d'exécution, l'emprunteur peut rembourser le crédit à tout moment et sans indemnité quelconque à sa charge » (art. 28, § 1^{er}, al. 1^{er} de la loi sur le crédit hypothécaire). Le contrat est donc maintenu mais l'emprunteur bénéficie d'une possibilité de remboursement anticipé.

Le mécanisme s'observe également dans la loi sur le contrat de travail²⁸³. Si le contrat à durée indéterminée est soumis au principe du consensualisme, d'autres formes contractuelles exigent au contraire l'établissement d'un écrit dans la mesure où elles débouchent « sur un statut marginal ou une instabilité d'emploi plus grande que celle qu'admet le droit social

commun »²⁸⁴. Le défaut de forme n'aboutit pas à la nullité du contrat — de nature à porter préjudice au travailleur que le contrat entend protéger²⁸⁵. Il est sanctionné par l'application des règles régissant le contrat de travail à durée indéterminée²⁸⁶ ou par une augmentation des droits de la partie faible²⁸⁷.

282. M. VAN DEN ABBEELE, *op. cit.*, pp. 114-115, n° 15 ; voy. aussi R. STEENNOT, « De totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst onder de nieuwe Wet consumentenkrediet », *D.C.C.R.*, 2004, pp. 15-17, n°s 20-23. *Contra* : F. DE PATOUL, « La portée des sanctions de la loi sur le crédit à la consommation », note sous J.P. Izegem, 19 mai 2004, *J.J.P.*, 2006, pp. 46-47.

283. Sur les sanctions des irrégularités commises lors de la formation du contrat de travail, voy. M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. 1, Liège, éd. de la Faculté de droit de Liège, 1982, pp. 361 et s., n°s 288 et s. En France, G. Couturier indique que « naguère, la méconnaissance de ces règles n'avait de conséquence que sur le terrain de la preuve : à défaut d'un écrit conforme aux prescriptions de la loi, le contrat était réputé conclu pour un travail à temps plein, à durée indéterminée, etc. Ainsi, dans le régime du contrat à durée déterminée, le texte légal énonçait lui-même qu'à défaut d'écrit le contrat était 'présupposé conclu pour une durée indéterminée' et cette présomption était, selon la jurisprudence, une présomption simple. À la suite de l'accord national interprofessionnel du 24 mars et de la loi du 12 juillet 1990, le texte dispose que, faute d'être établi par écrit et de comporter la définition précise de son motif, le contrat est 'réputé' conclu pour une durée indéterminée et ce minuscule changement de terme signifie que désormais le respect des règles de forme est une condition mise à la qualification de contrat à durée déterminée » (G. COUTURIER, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 154, n° 12).

284. M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. 1, Liège, éd. de la Faculté de droit de Liège, 1982, p. 333, n° 263.

285. C'est ce qui explique d'ailleurs qu'il soit contestable, selon nous, de qualifier le contrat de solennel.

286. Tel le cas du contrat à durée déterminée ou pour un travail nettement défini (art. 9), du contrat de remplacement (art. 11^{ter}) ou, dans certaines hypothèses et dans une mesure différente, du contrat d'occupation d'étudiant (art. 126).

287. Pour le contrat à temps partiel, choix par le travailleur du régime de travail et de l'horaire à temps partiel qui lui est le plus favorable (art. 11^{bis}) ; pour le contrat d'occupation d'étudiant, possibilité de mettre fin au contrat à tout moment, sans préavis ni indemnité (art. 126).

Conclusion

53 Nullité comme sanction du formalisme contractuel. On constate que la nullité sanctionne l'inobservation des exigences de forme ressortissant à diverses composantes de la typologie classique du formalisme contractuel. En théorie, même si l'on parle indistinctement de nullité, le régime qui est associé à la sanction diffère d'une catégorie à l'autre. À divers égards, des confusions demeurent envisageables et, dans certains cas — certes limités —, la jurisprudence ou la doctrine semblent victimes de celles-ci. Trop souvent d'ailleurs, les termes utilisés par le législateur ne sont pas de nature à lever les doutes possibles. Du reste, d'un point de vue pratique, on conçoit parfois mal quelle différence il peut y avoir entre les conséquences résultant du non-respect des formes solennelles, probatoire ou de publicité.

Pourtant, dans la mesure où chaque catégorie du formalisme contractuel est en principe soumise à un régime distinct, la qualification dans l'une d'elles est importante, spécialement pour les législations récentes. Des doutes sont en effet permis quant à la sanction susceptible de frapper la méconnaissance des formes qu'elles prescrivent. S'il était possible de lever les incertitudes liées à la détermination de la catégorie dont elles relèvent, la sanction apparaîtrait clairement. Cela étant, dès lors que celle-ci constitue le critère de qualification propre à plusieurs composantes de la typologie classique, le raisonnement est vicieux et pourrait difficilement porter ses fruits, à moins de se contenter de la connaissance des moyens de défense associés à une sanction donnée (ce qui est intéressant en soi, mais insuffisant). Autrement dit, on peut s'interroger sur l'efficacité de la sanction comme critère de qualification des formalités dans les catégories de la typologie classique.

54 Sanction la plus appropriée ? On peut également se demander si la nullité est la meilleure sanction en cas d'inobservation des exigences de forme. Les effets qui en résultent sont parfois disproportionnés par rapport à la nature et au but de la règle violée. D'un autre côté, on ne peut admettre que la méconnaissance ne soit frappée d'aucune sanction. La conversion constitue selon nous une piste intéressante. Le législateur ne s'y est d'ailleurs pas trompé et, dans les législations récentes, il n'hésite pas à y recourir.